Wie scheiden sich Mitthäterschaft und Beihilfe?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

verfasst und der

Juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Fritz Riesenfeld,

Referendar.

Breslau.
Verlag von M. & H. Marcus.
1902.

Seinem unvergesslichen Bruder Georg

in Dankbarkeit

gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung . . . . . 1— 2.

I. Kapitel: Geschichtlicher Teil.

§ 2. Das römische und kanonische Recht . . . . . 2— 4.
§ 3. Das germanische Recht und die Lehre von der Teilnahme bei den italienischen Praktikern . . . . . 4— 6.
§ 4. Die Gesetzgebung und Literatur von der Bambergensis bis Pufendorf . . . . . 6— 7.
§ 5. Die Literatur bis Feuerbach und die Gesetzgebung bis zum Reichsstrafgesetzbuch . . . . . 7—12.

II. Kapitel: Rechtsvergleichender Teil.

A. Die z. Z. geltenden Gesetzbücher.

§ 6. Frankreich . . . . . 12.
§ 7. Italien . . . . . 13.
§ 8. Spanien und Portugal . . . . . 13—14.
§ 9. England und Nordamerika . . . . . 14—15.

B. Die neuen Strafgesetzentwürfe.

§ 10. Der schweizerische Entwurf . . . . . 15.
§ 11. Der russische Entwurf . . . . . 15—16.
§ 12. Der norwegische Entwurf . . . . . 16—17.

III. Kapitel: Dogmatischer Teil.

§ 13. A. Die Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuchs. 17—18.

B. Der Standpunkt der Lehre in Theorie und Praxis.

a. Die objektive Theorie.

α. Die Kausalitätstheorie.

§ 14. Die klassischen Vertreter der Kausalitätstheorie . . . . . 18—24.
§ 15. Die neueren Vertreter der Kausalitätstheorie, insbesondere die Theorie Birkmeyers . . . . . 24—27.
§ 16. β. Die gemischt objektive Theorie. . . . 27—32.

b. Die subjektive Theorie.

§ 17. Die Entstehung der beiden Richtungen der subjektiven Theorie
§ 18. α. Die Berücksichtigung der Motive . . 33—35.
§ 19. β. Die Berücksichtigung des Dolus . . . 36—46.

c. Die mittlere Theorie.

§ 20. Im allgemeinen . . . . . 46—47.
§ 21. Die einzelnen Autoren . . . . . 47—51.
§ 22. Ergebnis . . . . . 51—52.

Literaturverzeichnis*).

Abegg	Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, 1836.
v. Bar	Zur Lehre von Versuch und Teilnahme am Verbrechen, 1859.
Bauer	Abhandlungen aus dem Strafrecht und dem Strafprozess, Bd. I, 1840.
Beling	Grundzüge des Strafrechts, 1899.
Berner, Grundsätze	Grundsätze des preussischen Strafrechts, 1861.
Berner, Lehrbuch	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Aufl., 1898.
Berner, Teilnahme	Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, 1847.
Binding, Grundriss	Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts, I. Teil, 5. Aufl., 1897.
Binding, Handbuch	Handbuch des Strafrechts, Bd. I, 1885.
Birkmeyer	Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts, 1890.
Böhmer	Meditationes in constitutionem criminalem Carolinam, 1770.
Borchert	Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter, 1888.
Borst im N.A.C.	Über die Teilnahme an einem Verbrechen im neuen Archiv des Kriminalrechts, Bd. VII.
Brunner	Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II, 1892.
v. Buri, Teilnahme	Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, 1860.
v. Buri, Kausalität	Ueber Kausalität und deren Verantwortung, 1873.
v. Buri, Abhandlungen	Abhandlungen aus dem Strafrecht, 1862.
v. Buri, Beiträge	Beiträge zur Theorie des Strafrechts, 1894.
v. Buri im G.S.	Im Gerichtssaal 1867, 1870, 1873, 1876.

*) Im Literaturverzeichnis sind gleichzeitig die Abkürzungen angegeben, die bei den Citaten in der vorliegenden Arbeit gebraucht sind. — Autoren, von denen nur 1 Werk benutzt ist, sind in der Regel ohne Angabe des Werkes nur nach ihrem Namen citiert.

v. Buri in G.A.	In Goltdammers Archiv für Strafrecht, Bd. XVII.
v. Calker	Delikte gegen das Urheberrecht, 1894.
E.R.G.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. II, III, IV, IX, XXVI, XXVIII.
Farinacius	Opera criminalia V, 1605.
Feuerbach, Lehrbuch	Lehrbuch des peinlichen Rechts, 10. Aufl., 1828.
Feuerbach, Revision	Revision der Grundsätze des peinlichen Rechts, II. Teil, 1800.
Foinitzky in der Z.	Die strafrechtliche Doktrin der Teilnahme in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. XII.
Forke	Die begriffliche Unterscheidung zwischen Urheberschaft und Beihilfe, Inaug.-Dissert., Rostock 1890.
Frank	Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 2. Aufl., 1901.
Freudenthal	Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, 1901.
Fuchs in G.A.	In Goltdammers Archiv für Strafrecht, Bd. XXIX
Gamp im G.S.	Über Urheberschaft nach dem R.St.G.B. im Gerichtssaal 1875.
Geib	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Bd. II, 1861.
Geyer, Entwurf	Der Entwurf eines Strafgesetzbuchs für Russland in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. IV.
Geyer, Grundriss	Grundriss zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht, I. Teil, 1884.
Geyer, kleine Schriften	Kleinere Schriften strafrechtlichen Inhalts, 1889.
Geyer, Thatbestand	Erörterungen über den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen nach österreichischem Recht, 1862.
Geyer, Teilnahme	Teilnahme mehrerer an einem Verbrechen in Holtzendorffs Handbuch des Strafrechts, Bd. II, 1871.
Glaser im G.S.	Über Thäterschaft und Beihilfe im Gerichtssaal 1864.
Glaser, kleine Schriften	Kleinere Schriften über Strafrecht und Strafprozess, 1883.
Grolmann	Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft, 3. Aufl., 1818.
Häberlin	Grundsätze des Kriminalrechts, Bd. I, 1845.
Hälschner, System	System des preussischen Strafrechts, I. Teil, 1858.
Hälschner, Strafrecht	Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. I, 1881.
Hälschner im G.S.	Die Mitthäterschaft im Sinne des deutschen R.St.G.B.s im Gerichtsaal 1873.
Haupt in der Z.	Beiträge zur Lehre von der Teilnahme in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. XV.
Heffter	Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 6. Aufl., 1857.

Heimberger	Die Teilnahme am Verbrechen in Gesetzgebung und Literatur von Schwarzenberg bis Feuerbach, 1896.
Henke	Handbuch des Kriminalrechts, I. Teil, 1823.
Hepp im A.N.F.	Beitrag zur Lehre von der Teilnahme an einem Verbrechen im Archiv des Kriminalrechts neue Folge 1846.
Hirsch	Über den Unterschied zwischen Mitthäterschaft und Beihilfe, Inaug.-Dissert., Tübingen 1881.
Hermes	Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, Inaug.-Dissert., Berlin 1878.
Janka	Das österreichische Strafrecht, 3. Aufl., 1894.
Jarcke	Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Bd. I, 1827.
John	Kritiken strafrechtlicher Entscheidungen des preussischen Obertribunals, 1866.
Kitka	Über das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bei einem Verbrechen, 1840.
Kleinschrod	Systematische Entwickelung der Grundbegriffe des peinlichen Rechts, 1794.
Köstlin, System	System des deutschen Strafrechts, 1855.
Köstlin, Revision	Neue Revision der Grundsätze des Kriminalrechts, 1845.
Kohler	Studien aus dem Strafrecht, Bd. I, 1895.
Kress	Commentatio succincta in constitutionem Caroli V., 1760.
Langenbeck	Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, 1868.
v. Liszt, Lehrbuch	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 11. Aufl., 1901.
v. Liszt, Strafrecht	Das Strafrecht der Staaten Europas, 1894.
Löffler in Grünh. Ztschr.	In Grünhuts Zeitschrift, Bd. XIX.
Löning	Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht, 1885.
Luden, Handbuch	Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. I, 1842.
Luden, Abhandlungen	Abhandlungen aus dem Strafrecht, Bd. II, 1840.
Marezoll	Das gemeine deutsche Kriminalrecht, 2. Aufl., 1829.
Mayer	Die Beihilfe im Strafrecht, Inaug.-Dissert., Strassburg 1883.
H. Meyer	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Aufl., 1895.
W. Meyer	Die Teilnahme an fahrlässig begangenen Handlungen, Inaug.-Dissert., Erlangen 1897.
Mintz	Die Lehre von der Beihilfe, Dorpat 1892.
Mommsen	Römisches Strafrecht, 1899.
Ohlshausen	Kommentar zum St.G.B., 6. Aufl., 1900.
Oppenhof	Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 13. Aufl., 1896.
Ortmann im G.S.	Über die Fiktionen der Ursächlichkeit in der Lehre von der Teilnahme im Gerichtssaal 1876.

Pufendorf	De iure naturae et gentium, Lib. I, 1672.
Rosshirt	Entwickelung der Grundsätze des Strafrechts, 1828.
Rüdorff	Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 1892.
Ruhstrat im G.S.	Über Mitthäterschaft und Beihilfe im Gerichtssaal 1880.
Salchow	Lehrbuch des peinlichen Rechts, 3. Aufl., 1823.
Schirach im N.A.C.	Im neuen Archiv des Kriminalrechts, Bd. III.
Schmidt	Die Mitthäterschaft, Inaug.-Dissert., Worms 1882.
Schütze, Lehrbuch	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1874.
Schütze, Teilnahme	Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, 1869.
Schwarze	Kommentar zum St.G.B., 3. Aufl., 1873.
Stenglein	Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher, 1858.
Stübel, Teilnahme	Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen, 1828.
Stübel, Thatbestand	Über den Thatbestand der Verbrechen u. s. w., 1805.
Suchsland im G.S.	Das neue italienische St.G.B. im Gerichtssaal 1889.
Tittmann	Handbuch der Strafrechtswissenschaft, Bd. I, 2. Aufl., 1822.
Tjaben in G.A.	Die Unterscheidung zwischen Urheberschaft und Beihilfe in Goltdammers Archiv für Strafrecht, Bd. XXXXII.
Wächter, Lehrbuch	Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts, I. Teil, 1825.
Wächter, Strafrecht	Deutsches Strafrecht, 1881.
Wilda	Das Strafrecht der Germanen, 1842.
Yamakawa	Zur Lehre von der Mitthäterschaft, Inaug.-Dissert., Göttingen 1900.
Zachariä im A.N.F.	Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen im Archiv des Kriminalrechts neue Folge 1851.
Ziegler	Die Teilnahme an einem Verbrechen nach Art. 148 C.C.C., 1845.

§ 1. Einleitung.

Bei der Beteiligung mehrerer Personen an der Verübung eines Delikts können die Rollen unter ihnen verschieden verteilt sein. Entweder kann der eine den anderen zur Begehung der strafbaren Handlung anstiften, während er selbst der Ausführung fern bleibt: dann stehen sich Anstifter und Thäter gegenüber; oder es können sich alle an der Verübung des Delikts selbst beteiligen und zwar entweder so, dass ihre Thätigkeit im wesentlichen eine gleichartige ist, oder so, dass von den Beteiligten einer oder mehrere nur eine untergeordnete Thätigkeit ausüben. Im ersteren Falle sprechen wir von Mitthätern[1]), im letzteren von Gehilfen im Gegensatz zu den Mitthätern. Diese drei Arten der Beteiligung an der Verübung einer Strafthat werden schlechthin als „Teilnahme" bezeichnet, obwohl der Begriff der Teilnahme etwas Selbständiges, nämlich eine Hauptthat, voraussetzt. Aber auch das Gesetz gebraucht den Ausdruck „Teilnahme" bald als technische Bezeichnung für die Anstiftung, Mitthäterschaft und Beihilfe im Gegensatz zur Alleinthäterschaft[2]), bald nur i. e. S. für Anstiftung und Beihilfe im Gegensatz zur Thäterschaft[3]), bald wieder i. w. S. für jede Art der Mitwirkung zur Begehung einer strafbaren Handlung[4]). In der vorliegenden Arbeit soll mit „Teilnahme" schlechthin jede Art der Beteiligung, mit „Teilnahme i. e. S." nur die

---

[1]) Wenn wir in unseren Ausführungen an Stelle von Mitthäterschaft auch von Miturheberschaft, Urheberschaft oder Thäterschaft sprechen müssen, so kommt dies, sofern nichts Besonderes damit beabsichtigt ist, für unsere Frage nicht in Betracht.

[2]) Vgl. z. B. § 50 St.G.B.

[3]) Vgl. z B. § 3 St.P.O; s. auch Ohlshausen, I, S. 164.

[4]) Vgl. z B. §§ 115, 116, 124, 125, 128, 129 St.G.B.

Anstiftung und Beihilfe bezeichnet werden[1]). Die oben (S. 1) angegebene äusserliche Abgrenzung der Beihilfe von der Mitthäterschaft, wonach die erstere nur von untergeordneter Bedeutung ist, genügt aber nicht, um den Unterschied scharf bestimmen zu können. Vielmehr sind zur Beantwortung dieser Frage die verschiedensten Theorieen aufgestellt worden. Gegenwärtig stehen sich drei Theorieen gegenüber, die objektive, subjektive und mittlere. Die objektive findet den Unterschied in der verschiedenartigen Thätigkeit, die subjektive in der verschiedenartigen Willensrichtung begründet, während die mittlere ein Kompromiss zwischen den beiden entgegengesetzten Prinzipien zu schaffen sucht. Neben dieser verschiedenartigen Thätigkeit könnten freilich noch andere unterscheidende Merkmale aufgezählt werden, so hinsichtlich der accessorischen Natur der Beihilfe gegenüber der selbständigen Natur der Mitthäterschaft, so bezüglich der Folgen des Rücktritts für Mitthäter und Gehilfen u. a. m. Da wir aber das Wort „scheiden“ im Sinne von „abgrenzen“ auffassen, so sind alle diese weiteren Merkmale aus der Abhandlung auszuschalten. Die vorliegende Arbeit hat demnach nur die Frage zu lösen:

Wo liegt die Grenze zwischen der Thätigkeit des Mitthäters und der des Gehilfen?

I. Kapitel.

Geschichtlicher Teil.

§ 2. Das römische und kanonische Recht.

1. Das römische Recht[2]).

Wenn auch dem römischen Recht die Strafbarkeit einer jeden dolosen Beteiligung an einem Verbrechen nicht fremd war, so ermangelte es doch einer allgemeinen Bestimmung über Begriff und Arten der Teilnahme. Es behandelte die verschiedenen Fälle rein kasuistisch bei den einzelnen Delikten und belegte, jedenfalls

[1]) Ebenso wird der Ausdruck „Verbrechen“ im Sinne einer jeden strafbaren Handlung gebraucht werden.

[2]) Vgl. Mommsen, römisches Strafrecht, S. 95—103.

in Analogie der für den Diebstahl[1]) geltenden Bestimmungen, alle Teilnehmer ohne Rücksicht auf den Grad und die Art ihrer Beteiligung mit gleicher Strafe. Dies ergiebt die bei den meisten leges gebrauchte Formel: hac lege tenetur, cuius ope consiliove . . . . . cuius dolo malo id factum erit . . . . . „quive id fieri iusserit faciendumve curaverit.“ — Mit der Ignorierung der verschiedenen Teilnahmeformen stellte sich das römische Recht auf einen subjektiven[2]) Standpunkt. Im späteren römischen Recht finden wir aber so zahlreiche Fälle einer ungleichen Bestrafung von Thätern und Gehilfen, dass wir hierin die Regel erblicken können. Dafür spricht einmal, dass dem Richter allmählich freiere Hand in der Strafzumessung gelassen wurde; sodann ist dies auch argumento e contrario aus der Anordnung der Strafgleichheit bei gewissen schweren Verbrechen, z. B. dem Majestätsverbrechen[3]), dem Pekulat[4]), der Entführung[5]) zu folgern. Jedenfalls neigte das spätrömische Recht dazu, die Beihilfe milder als die Mitthäterschaft zu bestrafen, ohne dass es ihm jedoch gelang, eine scharfe begriffliche Abgrenzung der einzelnen Beteiligungsformen zu geben. Demnach ist es für die Lehre von der Teilnahme von untergeordneter Bedeutung.

2. Das kanonische Recht.

In engster Anlehnung an das römische Recht kannte auch das kanonische Recht ursprünglich keinen Unterschied in der Bestrafung der Teilnehmer. Die älteren Bussordnungen übergehen fast sämtlich die Frage nach der Teilnahme. Gegen die vielfach vertretene Ansicht aber, dass das kanonische Recht auch in seiner späteren Gestalt zwischen Mitthätern und Gehilfen nicht unterschieden habe, spricht c. 6 X de homicid. 5, 12[6]). In dieser Stelle werden Thäter und Gehilfen unterschieden, indem diejenigen,

---

[1]) Vgl. Mommsen, S. 101; Dig. XXXXVII, 2, 50, 3.

[2]) Das älteste römische Recht nahm wohl einen objektiven Standpunkt ein. Vgl. Langenbeck, Teilnahme, S. 38.

[3]) Vgl. C. IX, 8, 5, 6 ad legem Jul. maiest.

[4]) Vgl. C. IX, 28, 1 de crimine pecul.

[5]) Vgl. C. IX, 13, 1, 3 de raptu virgin.

[6]) Diese Stelle handelt von der Entscheidung über die bei der Ermordung des Erzbischofs Thomas Becket von Kanterbury beteiligten Personen.

welche den tödlichen Streich geführt haben, härter bestraft werden als diejenigen, welche den zu Ermordenden nur festgehalten oder sonstige Unterstützungshandlungen geleistet haben. Aber sollte auch diese Stelle nur einen singulären Fall betreffen, ohne ein allgemeines Prinzip aufstellen zu wollen, so spricht dies doch noch nicht für die gegnerische Ansicht; denn auch andere Stellen erwähnen die ungleiche Bestrafung des Thäters und Gehilfen. So wird nach sess. 24, c. 19 Trid. den Fürsten, welche Duelle in ihren Territorien gestatten, geringere Strafe angedroht als den Duellanten. Ob das kanonische Recht einen objektiven oder subjektiven Standpunkt vertrat, ist bestritten. Seltsamerweise berufen sich die Vertreter der beiden Ansichten auf dieselbe Stelle, nämlich c. 6 X de homicid. 5, 12. Da in dieser Stelle neben dem objektiven auch der subjektive Gesichtspunkt berücksichtigt ist, so dürfte wohl der Standpunkt des kanonischen Rechts ein mittlerer[1]) gewesen sein. Freilich war der Unterschied noch ein sehr verschwommener. Immerhin aber bedeutet das kanonische Recht gegenüber dem römischen einen Fortschritt in der Teilnahmelehre, der auch nicht ohne Einfluss auf die italienische Doktrin blieb.

§ 3. Das germanische Recht und die Lehre von der Teilnahme bei den italienischen Praktikern.

1. Das germanische Recht[2]).

Im Gegensatz zum römischen Recht vertrat das germanische einen streng objektiven Standpunkt und bestrafte somit die am Verbrechen minder Beteiligten milder[3]) als die Thäter. Urheber war derjenige, „welcher die That wirklich vollführte“, „der mit Schneide und Schwert den Erschlagenen schlug“ oder „mit dessen Blut seine Waffen rötete[4])“. Unter den Gehilfen schieden sich

---

[1]) So auch Hälschner, System, S. 303; Langenbeck, S. 225.

[2]) Vgl. Wilda, Strafrecht der Germanen, S. 609–635; Brunner deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II, S. 565–575.

[3]) A. M. mit Unrecht Hälschner, a. a. O., S. 302.

[4]) Die Unterscheidung der Teilnehmer bildete sich zuerst beim Totschlag und bei der Körperverletzung aus.

die „nächsten“ von den „ferneren“, je nachdem sie das Opfer festgehalten hatten, sog. haldbani, oder nur am Thatorte anwesend waren, um erforderlichenfalls dem Thäter Beistand zu leisten[1]). Die Strafbarkeit der Beihilfe bildete sich aber nicht an dieser sog. handthätigen Teilnahme aus, sondern an den im Beisein einer „Gefolgschaft“ begangenen Verbrechen. Unter „Gefolgschaft“ verstand das germanische Recht eine Anzahl bewaffneter freier[2]) Männer, die dem Thäter an den Thatort folgten. Zum Begriffe der Gefolgschaft gehörte aber nur eine bestimmte, in den einzelnen Fällen verschieden grosse Anzahl von Personen. Nur diese wurden, mochten sie sich auch gar nicht an der That beteiligt haben, als Gehilfen angesehen und bestraft, während die übrigen Genossen straffrei ausgingen. Später sah man von dem formalen Begriff der Gefolgschaft ab und dehnte die Strafbarkeit der Beihilfe auf alle Verbrechen aus. Auch im späteren Mittelalter finden wir im wesentlichen dieselbe Unterscheidung zwischen dem Urheber (Handthäter, Selbschol, Ursacher) und Gehilfen (Folger, Helfer, Geselle) wieder. Während der „Ursacher“ das Verbrechen selbst ausführte, „stärkte“ der Gehilfe den Ursacher „mit Rat oder Hilfe zur That“[3]). Hinsichtlich der Strafbarkeit wurde die Thäterschaft mit der Beihilfe bald auf eine Stufe gestellt, bald nur der „rechte Volleist“[4]), d. h. derjenige, dessen Beteiligung zur Herbeiführung des Erfolges unbedingt notwendig war, wie der Thäter bestraft. Es herrschte hierbei grosse Willkür.

2. Die Lehre von der Teilnahme bei den italienischen Praktikern[5])

Wie die strafrechtliche Literatur und Gesetzgebung Deutschlands am Ausgange des 16. Jahrhunderts auf italienischem Boden

---

[1]) Eine besonders schwere Art der Beihilfe erblickte das langobardische und angelsächsische Recht in dem Leihen von Waffen, wenn mit diesen die That ausgeführt wurde; eine solche Hilfsleistung wurde nämlich als Thäterschaft angesehen.

[2]) Sklaven, die zusammen mit Freien ein Verbrechen begingen, galten nur als deren Werkzeuge.

[3]) Vgl. Schwsp. 227 „Swer rat oder helfe einem menschen tut, daz ez' stele, der ist der diepheit schuldig.“

[4]) Vgl. Ssp. II, 25, 1; Schütze, Teilnahme, S. 114.

[5]) Vgl. Heimberger, die Teilnahme am Verbrechen, S. 1—42.

fusste, so auch und insbesondere die Lehre von der Teilnahme. Die Quellen, aus denen die Praktiker schöpften, waren das römische und kanonische Recht, sowie die italienischen Statutarrechte. Zur vollen Ausbildung gelangte die Lehre unter Ghirlandus, Clarus und Farinacius [1]). Der Urheber (reus principalis) wurde den übrigen Teilnehmern (participes criminis), nämlich den mandatores, consultores und auxiliatores gegenübergestellt. Im Gegensatz zum consultor (psychischer Gehilfe) war auxiliator [2]) derjenige, „qui ministerium vel adiutorium ad delinquendum praestitit [3])". Stellte sich das auxilium als causam dans delicto dar, so trat gleiche Bestrafung mit dem reus principalis ein. Eine begriffliche Unterscheidung zwischen Mitthäterschaft und Beihilfe suchen wir jedoch auch bei den italienischen Praktikern vergebens, da auch sie die einzelnen Formen der Teilnahme kasuistisch behandelten. Nur so viel können wir aus den angeführten Beispielen schliessen, dass als Gehilfe derjenige galt, welcher ein fremdes Verbrechen unterstützte, sich einem fremden Interesse unterordnete, ohne an der Ausführung selbst teilzunehmen. An diese Lehren der italienischen Praktiker knüpfte die Entwickelung unserer Frage in Deutschland an.

§ 4. Die Gesetzgebung und Literatur von der Bambergensis bis Pufendorf.

Die erste allgemeine Bestimmung über die Teilnahme finden wir in der C.C.B. Art. 203 „von straff der furderung, trostung, hilff, vrsachen und furschieben der misstetter." Dieser Artikel spricht wohl von Anstiftung, Beihilfe und Begünstigung, nicht aber von Thäterschaft oder Mitthäterschaft, sodass sich in Ermangelung eines Beispiels noch viel weniger als bei den italienischen Kriminalisten der Unterschied zwischen Mitthäterschaft und Beihilfe feststellen lässt. Wir finden im übrigen die Gedanken der italienischen Praktiker wieder, was wohl darauf zurückzuführen

---

[1]) Farinacius, opera criminalia, V, tit. 15 de consultoribus, auxiliatoribus et mandatoribus.

[2]) Man unterschied auxilium ante delictum, in delicto und post delictum.

[3]) Farinacius, a. a. O., qu. 129, Ziff. 1.

ist, dass dem Redaktor der C.C.B., Schwarzenberg, die Schriften jener Autoren vorlagen.

Dem Artikel 203 der C.C.B. entspricht inhaltlich der Artikel 177 der C.C.C. „von straff der fürderung, hilff und beistandt der missthäter.“ Auch die C.C.C. hält sich hinsichtlich der Vorschriften über die Teilnahme sehr unbestimmt und verweist im wesentlichen auf den Rat der Rechtsverständigen. Artikel 177 sagt: „Item so jemand eynem missthäter zu übung eyner missthat, wissentlicher und geverlicher weiss einicherley hilff, beistandt oder fürderung wie das alles namen hat thut, ist peinlich zu strafen, als aber vorsteht, in eynem fall anderst dann inn dem andern, darum sollen in diesen fellen die urtheyler mit berichtung der verhandlung auch wie solchs an leib und leben soll gestrafft werden, als obsteht rathspflegen.“ Mit den Worten „wie das alles namen hat“ wird der frühere Begriff der Beihilfe wieder aufgenommen.

Auch der Artikel 148, welcher von der durch mehrere verübten Tötung handelt[1]), giebt nur die Gedanken der italienischen Praktiker wieder, die somit auch fernerhin die gemeinrechtliche Doktrin beherrschten. Selbst bei Carpzow ist von einem Fortschritt in der Teilnahmelehre noch nichts zu merken, alles fusst noch auf italienischem Boden.

§ 5. Die Literatur bis Feuerbach und die Gesetzgebung bis zum Reichsstrafgesetzbuch.

Erst bei Pufendorf finden wir neue, selbständige Ideeen. Er hält sich nicht mehr an die überlieferte Schablone, sondern scheidet alle am Verbrechen Beteiligten nach ihrer Bedeutung als Ursachen des verbrecherischen Erfolges in causae principales und minus principales[2]), wobei aber nicht nur der eigentliche Thäter (patrator), sondern auch jeder andere Teilnehmer causa principalis sein kann. An Pufendorfs Anschauungen lehnte sich Kress an, der als erster unter den Kommentatoren der C.C.C. die Lehre von der Teilnahme umfassend und selbständig behandelte. Nach ihm ist Teilnehmer an einem Verbrechen ein

[1]) A. M. Ziegler, nach dem Art. 148 vom Komplott handelt.

[2]) Pufendorf, de iure naturae et gentium, Bd. I, cap. V, § 14.

jeder, der sich als eine Mitursache (concausa) des Verbrechens darstellt[1]).

Dies war nunmehr der Weg, auf dem die Doktrin des 18. Jahrhunderts wandelte und den auch J. S. F. Böhmer[2]) einschlug. Als Teilnehmer bezeichnet er diejenigen, „qui sunt causa delicti eiusque consummationem quocunque modo producunt", und zwar ist physischer Teilnehmer (causa physica) derjenige, welcher das Verbrechen „ausführt", moralischer Teilnehmer (causa moralis) zunächst jeder, der nicht „manu sua auxilium praestat", sondern als consulens bezw. mandans thätig ist, sodann aber auch derjenige, welcher durch physisches Handeln, z. B. Verschaffen der Mordwaffe, „immediate effectum non tangit." Der Böhmer'schen Theorie fehlt jedoch ein grundlegendes Prinzip, insbesondere macht sich ein unsicheres Schwanken zwischen dem objektiven und subjektiven Standpunkt bemerkbar.

Die in den „Dissertationen" behandelte Lehre von der Teilnahme brachte nichts Neues. In ihnen finden wir die Lehren der italienischen Praktiker gleichsam in neuer Auflage vor. Erst am Ausgange des 18. Jahrhunderts eröffnen sich uns wieder neue Gesichtspunkte in einer Anzahl von Lehrbüchern des Kriminalrechts, bis endlich Feuerbach der ganzen Entwickelung einen gewissen Abschluss gab, indem er die Lehre von der Teilnahme systematisch darstellte. Hier bietet sich uns gewissermassen ein Ruhepunkt in der geschichtlichen Betrachtung unserer Frage. Die neuere Entwickelung der Lehre im 19. Jahrhundert lässt sich auch besser im Zusammenhange mit der Theorie Feuerbachs und seiner Zeitgenossen darstellen. Zudem kommt, dass, wie wir später sehen werden, auch durch das Reichsstrafgesetzbuch der in der Doktrin herrschende Streit nicht beendigt ist und somit die Lehren der älteren Kriminalisten nicht ohne weiteres als veraltet und nur der Geschichte angehörig anzusehen sind. Aus den angeführten Gründen soll daher die neuere Entwickelung der Lehre im dogmatischen Teil dargestellt und hier nur noch die Gesetzgebung bis zum Reichsstrafgesetzbuch besprochen werden.

---

[1]) Kress, Commentatio succincta, in C.C.C., Art. 177, Ziff. 2.
[2]) Böhmer, Meditationes in C.C.C., Art. 177, § 2.

Die auf die C.C.C. folgende partikuläre Gesetzgebung fusste grösstenteils auf der C.C.C. und damit auf den Lehren der italienischen Praktiker. Wo[1]) sie aber selbständig war, da leistete sie in der Teilnahmelehre nichts Bedeutendes. Auch das verbesserte Landrecht des Königreichs Preussen von 1721 gab keine allgemeine Regel über die Teilnahme, sondern befasste sich meist mit der Bestrafung der Beihilfe, aber auch da nur rein kasuistisch, während die Mitthäterschaft nur bei der gemeinschaftlich verübten Tötung Erwähnung fand. Dass das „Schrauben" und „Prägen" bei der Falschmünzerei als Beihilfe bestraft wurde, obwohl dies doch Ausführungshandlungen sind, lässt auf einen subjektiven Standpunkt des Gesetzes schliessen.

Vom Jahre 1751 an nahm die Strafgesetzgebung unter dem Vortritt Bayerns einen Aufschwung. Zum ersten Male, wenn auch in Anlehnung an die gemeinrechtliche Doktrin, behandelte die Teilnahme selbständig der codex iuris Bavarici criminalis[2]) von 1751 (Teil I, Kap. 12). Wenn er auch von der Mitthäterschaft nichts erwähnt, so ist er doch insofern förderlich und vorbildlich gewesen, als nunmehr auch die Kodifikationen anderer Länder der Teilnahmelehre ein besonderes Kapitel einräumten.

Erst die C.C. Theresiana[3]) von 1768 spricht sich deutlich über den Unterschied von Thäterschaft und Beihilfe aus. Thäter ist derjenige, welcher Ausführungshandlungen vornimmt, Gehilfe, wer die That auf irgend eine andere Weise befördert. Hiernach liegt der Unterschied auf objektivem Gebiete. Diese begriffliche Scheidung war aber von geringer praktischer Bedeutung für die Straffrage, da nach Artikel III, § 11 der Gehilfe nach Ermessen des Richters ebenso bestraft werden konnte wie der Thäter.

Dieselben Gedanken liegen auch dem Josephinischen Gesetzbuch von 1787 zu Grunde. Dieses strafte aber die Beihilfe nur dann, wenn sie entweder z. Z. der That geleistet wurde, oder, wenn vorher geleistet, „causam dans delicto" war. Im Anschluss an die Theresiana und das Josephinische Gesetzbuch nimmt auch

---

[1]) Z. B. die reformierte Chur-Gerichtsordnung von Aachen (1577), Kap. 29.

[2]) Verfasser: Kreittmayr.

[3]) Art. III, §§ 6—14.

das A.L.R.[1]) einen objektiven Standpunkt ein. Hinsichtlich der Mitthäterschaft bestimmt § 64: „Haben mehrere an der Ausführung eines Verbrechens unmittelbar teilgenommen, so trifft jeden von ihnen, als Urheber, die im Gesetz bestimmte Strafe[2]).“ Der Mitthäter muss sich hiernach an der Ausführungshandlung selbst beteiligen. Eine eigenartige Bestimmung enthält § 71, wonach der sog. Hauptgehilfe (notwendige Gehilfe), d. h. derjenige Gehilfe, ohne den das Verbrechen nicht hätte ausgeführt werden können, als Thäter angesehen wird. Diese Unterscheidung zwischen der einfachen und der Hauptbeihilfe fällt aber weg, wenn die Unterstützung z. Z. der Ausführung der That geleistet worden ist (§ 74), indem dann die Beihilfe in Urheberschaft übergeht.

In seinen Bestimmungen über „Mitschuldige“ und „Teilnehmer“ entspricht das österreichische Strafgesetzbuch von 1803 dem Josephinischen Gesetzbuch von 1787. Ganz neue Wege schlägt dagegen das bayrische Strafgesetzbuch von 1813 ein, dessen grundlegender Entwurf im Jahre 1810 von Feuerbach verfasst worden ist. Die Lehren Feuerbachs sind denn auch, z. T. sogar wörtlich, in das Gesetz selbst übergegangen, sodass wir hier auf die Darstellung der Feuerbach'schen Theorie im dogmatischen Teil verweisen können.

Fast alle Gesetzbücher seit dem Ende des 18. bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts entscheiden die Frage nach dem Unterschied von Mitthäterschaft und Beihilfe darnach, ob das Verbrechen mit anderen vorher verabredet war oder nicht, legen also den Komplottbegriff zu Grunde[3]). Liegt ein Komplott nicht vor, so ist Mitthäter derjenige, welcher eine Haupthandlung, Gehilfe, wer eine Nebenhandlung vorgenommen hat. Der Unterschied liegt dann also nicht auf subjektivem, sondern objektivem Gebiete[4]). Noch weiter ging das sächsische Strafgesetzbuch von 1855, indem

---

[1]) A.L.R. II, 20, §§ 64—84.

[2]) Besondere Vorschriften finden sich bei einzelnen Verbrechen, z. B. über Beihilfe zur Verbreitung falscher Münzen (§ 269), zum Kindesmord (§ 973), zur Abtreibung (§ 988).

[3]) So Bayern (1813), Art. 50; Hannover (1840), Art. 57; Braunschweig (1840), § 43; Sachsen (1838), Art. 33.

[4]) So Bayern (1813), Art. 73; Hannover (1840), Art. 66; Württemberg (1834), § 84; Braunschweig (1840), § 42; Baden (1845), § 134. Vgl. Stenglein, Sammlung deutscher Strafgesetzbücher.

es das Prinzip des Komplotts auch auf die Teilnahme an einem Verbrechen übertrug, dessen Begehung mit anderen vorher nicht verabredet worden war. So sagt Artikel 53: „Als Gehilfe ist zu betrachten, wer zu einem nicht von ihm, sondern von anderen beschlossenen Verbrechen vor oder bei der Ausführung mitgewirkt, oder Rat und Anschlag gegeben hat, ohne jedoch den Entschluss zur That zu dem seinigen zu machen[1]).“

Unter allen bis dahin ergangenen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts ist das sächsische Strafgesetzbuch von 1855 das einzige, welches das subjektive Prinzip bei allen Verbrechen streng durchgeführt hat. Diese auffallende Abweichung von der allgemeinen Rechtsüberzeugung in Deutschland und auch vom sächsischen Strafgesetzbuch von 1838 dürfte daraus zu erklären sein, dass dem Redaktor des Gesetzbuches von 1855 die in Berners „Lehre von der Teilnahme am Verbrechen“ konsequent durchgeführte subjektive Theorie vorgeschwebt hat. Dafür spricht auch der Umstand, dass Berners Werk im Jahre 1847, also zwischen dem Erlasse der beiden sächsischen Gesetzbücher, erschienen ist.

Ganz unselbständig ist das preussische Strafgesetzbuch von 1851. Es hat den code pénal als Quelle benutzt und die darin enthaltenen Bestimmungen über die Teilnahme fast wörtlich übernommen. So macht es denn auch keinen begrifflichen Unterschied der einzelnen Teilnahmeformen, sondern zählt in § 34, No. 2 ganz äusserlich die einzelnen Thätigkeiten auf, welche Beihilfe begründen sollen. Gehilfe[2]) ist hiernach derjenige, „wer dem Thäter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens Anleitung gegeben hat, ingleichen wer Waffen, Werkzeuge und andere Mittel, welche zu der That gedient haben, wissend, dass sie dazu dienen sollten, verschafft hat, oder wer in den Handlungen, welche die That vorbereitet, erleichtert oder vollendet haben, dem Thäter wissentlich Hilfe geleistet hat.“ Das preussische Strafgesetzbuch hat hiernach nicht nur nicht förderlich für die Entwickelung der Teilnahmelehre gewirkt, sondern sogar einen Rückschritt darin gemacht. Dass auch die Praxis im Anschluss an die Bestimmungen des

---

[1]) Hier ist die subjektive Theorie am schärfsten zum Ausdruck gebracht. Vgl. noch Art. 50.

[2]) Das Wort „Gehilfe“ selbst ist allerdings nicht gebraucht.

Gesetzes nichts Bedeutendes leisten konnte, ist erklärlich; denn der Richter hatte ja nicht den Unterschied begrifflich nach dem Gesetz festzustellen, sondern lediglich die Hilfsleistung unter eine der in § 34, Ziffer 2 aufgezählten Thätigkeiten zu subsumieren.

Der dem preussischen Strafgesetzbuch anhaftende Mangel ist glücklicherweise nicht in das Reichsstrafgesetzbuch übergegangen. Vielmehr hat dieses sich bemüht, in den §§ 47, 49[1]) die Mitthäterschaft begrifflich von der Beihilfe abzugrenzen. Trotzdem ist es ihm nicht gelungen, den in Theorie und Praxis herrschenden Streit zu beendigen. Vor der dogmatischen Darstellung unserer Frage soll jedoch noch ein Überblick über ihre Regelung in den wichtigsten Kodifikationen der europäischen Staaten gegeben werden.

II. Kapitel.

Rechtsvergleichender Teil.[2])

a. Die z. Z. geltenden Rechte.

§ 6. Frankreich.

Der code pénal von 1810 giebt, wie wir bereits bei der Besprechung des preussischen Strafgesetzbuches gesehen haben, keine begriffliche Scheidung der einzelnen Teilnahmeformen, sondern zählt in Artikel 60—62 die Fälle der Teilnahme erschöpfend auf. Als Thäter (auteurs) bzw. Mitthäter sind diejenigen anzusehen, die zum Thatbestande des Delikts gehörende Handlungen vornehmen, als Theilnehmer i. e. S.[3]) die in sonstiger Weise am Verbrechen beteiligten Personen. Dies ist auch der Standpunkt des neuen Entwurfs. Artikel 80 sagt: „Seront punis comme auteurs d'un crime ou d'un délit ceux qui auront commis l'action ou auront avec connaissance aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'action dans les faits qui l'auront consommée.“ Da somit der code pénal und der neue Entwurf die Teilnehmer nach ihrer äusseren Thätigkeit unterscheiden, so ist der Standpunkt des französischen Rechts ein rein objektiver.

---

[1]) Im 1. Entwurf zum St.G.B. fehlte es überhaupt an einer Bestimmung über die Mitthäterschaft. Vgl. Mot. zum 1. Entwurf, § 40.

[2]) Vgl. v. Liszt, das Strafrecht der Staaten Europas.

[3]) Vgl. oben S. 1, Anm. 3.

§ 7. Italien.

Das italienische Strafgesetzbuch von 1889[1]) unterscheidet unter den Teilnehmern die correità und complicità und teilt erstere ein in

a. esecutori (Thäter und Mitthäter),
b. cooperatori immediati (unmittelbar an der That mitwirkende Gehilfen) und
c. autori intellettuali (Anstifter).

Nicht zu billigen ist an dieser sonst guten Einteilung die Scheidung der cooperatori immediati von den sonstigen Gehilfen, da hierdurch die Grenze zwischen Thätern und Gehilfen verwischt wird. Nach Artikel 63 sind Mitthäter nur die an der Ausführung der That selbst Beteiligten, nach Artikel 64 Gehilfen, welche sich in der Weise beteiligen, dass sie

1. den Entschluss, die That zu verüben, hervorgerufen oder bestärkt oder Beistand oder Unterstützung nach begangener strafbarer Handlung zu gewähren versprochen;
2. Belehrung erteilt oder Mittel, sie auszuführen, verschafft;
3. die Ausführung derselben durch Gewährung von Beistand oder Unterstützung vor oder nach der That erleichtert haben.

Den correità sind die „notwendigen“ Gehilfen gleichgestellt. Somit kennt das italienische Recht 3 Arten von Gehilfen: den einfachen, notwendigen und unmittelbar an der That mitwirkenden.

Wie das französische, nimmt auch das italienische Recht einen objektiven Standpunkt ein.

§ 8. Spanien und Portugal.

Nach dem spanischen Strafgesetzbuch von 1871[2]) scheiden sich die am Verbrechen Beteiligten in die autores (Urheber), complices (Teilnehmer i. e. S.) und encubridores (Begünstiger). Urheber ist nach Artikel 13:

1. der unmittelbar an der Ausführung Beteiligte;
2. derjenige, welcher einen anderen zur Ausführung zwingt oder verleitet;
3. der notwendige Gehilfe.

---

[1]) Eingehende Besprechung des allgemeinen Teils von Suchsland im G.S. 1889, S. 321—471.

[2]) Abgeändert 1876.

Nach Artikel 15 ist Gehilfe, wer sonst durch vorhergehende oder gleichzeitige Handlungen an der Ausführung der That sich beteiligt hat.

Das portugiesische Strafgesetzbuch von 1852[1]) rechnet in Artikel 25 zu den Urhebern dieselben Personen wie das spanische und sieht gleich dem italienischen und spanischen Recht den notwendigen Gehilfen als Urheber an. Beihilfe liegt nach Artikel 22 vor:

1. bei unmittelbarer Veranlassung eines anderen durch Rat oder Zureden zur Begehung eines Verbrechens;
2. bei unmittelbarer Unterstützung in der Ausführung eines Delikts, wenn dieses auch ohne[2]) die Thätigkeit des Gehilfen begangen worden wäre.

Die erwähnten romanischen Rechte vertreten also sämtlich einen objektiven Standpunkt.

§ 9. England und Nordamerika[3]).

Das in England und in den meisten nordamerikanischen Staaten geltende Strafrecht ist in Ermangelung eines Strafgesetzbuches im wesentlichen Gewohnheitsrecht (common law), insbesondere beruht es auf der Rechtsprechung (case law). Die am Verbrechen Beteiligten gliedern sich in principals (Hauptthäter) und accessories[4]). Erstere scheiden sich wieder in die

a. principals in the first degree und
b. principals in the second degree,

letzere in die

a. accessories before the act (Anstifter) und
b. accessories after the act (Begünstiger).

Der principal muss sich entweder an der Ausführung der That selbst beteiligt haben oder doch bei der Ausführung zugegen gewesen sein. Die beiden Arten der principals unterscheiden sich

---

[1]) Umgearbeitet 1884 und 1886.

[2]) Zum Unterschiede vom notwendigen Gehilfen, der nach Art. 25 als Thäter gilt.

[3]) Wegen seiner Übereinstimmung mit dem englischen Recht sei hier auch das nordamerikanische erwähnt.

[4]) Der Begriff des accessory beschränkt sich aber auf felony.

nach den englischen und amerikanischen Autoren[1]) darin, dass der principal in the first degree an der Ausführung selbst teilnimmt, der principal in the second degree, vom altenglischen Recht zutreffender mit accessory at the act bezeichnet, nur eine fördernde, helfende Thätigkeit ausübt. Auch das englische und nordamerikanische Recht unterscheiden sonach in Übereinstimmung mit den romanischen Rechten die Teilnehmer nach ihrer äusseren Thätigkeit.

b. Die neueren Strafgesetzentwürfe.

§ 10. Der schweizerische Entwurf[2]).

Artikel 16 des Entwurfs sagt: „Der Thäter, der das Verbrechen begeht und der Anstifter, der ihn dazu bestimmt, unterliegen als Urheber der Strafe, die das Gesetz auf das Verbrechen androht. Wer dem Urheber zu seinem Verbrechen Hilfe leistet, wird milder bestraft.“ Der Artikel giebt somit keine Definition der einzelnen Arten der Teilnahme und erwähnt die Mitthäterschaft überhaupt nicht. Noch weiter ging der Antrag „Zürcher[3])“, der dem Artikel 16 folgende Fassung geben wollte: „Wenn bei der Begehung oder dem Versuche eines Verbrechens mehrere zusammengewirkt haben, so sind die Teilnehmer nach dem Grade ihrer Teilnahme zu bestrafen, und es darf die Strafe gemildert werden, wenn die Mitwirkung untergeordneter Art war.“ Hiernach sollte also überhaupt nicht mehr zwischen den einzelnen Beteiligungsformen unterschieden werden, sondern jeder Teilnehmer, entsprechend seiner Mitwirkung, eine härtere oder mildere Bestrafung erleiden. Mit Recht wurde der Antrag „Zürcher“ abgelehnt. Ist aber auch durch Artikel 16 die Scheidung der Teilnahmearten im Prinzip beibehalten, so ist doch die Fassung des Artikels viel zu knapp und daher unzureichend.

§ 11. Der russische Entwurf[4]).

Nach Artikel 57 des Entwurfs sind Teilnehmer an einem Verbrechen diejenigen, welche „nach gegenseitiger Übereinkunft

---

[1]) Insbesondere Stephen, Russel, Bischop.

[2]) Redaktor: Stooss. Vgl. Z., Bd. XV, S. 97 ff. und Bd. XVII, S. 303 ff.

[3]) Vgl. hierzu § 58 des norwegischen Entwurfs.

[4]) Redaktoren: Taganzeff und Foinitzky; deutsche Übersetzung von Gretener.

1. unmittelbar an der Ausführung der Handlung teilgenommen;
2. andere ausdrücklich zur Teilnahme an dieser Handlung angestiftet;
3. zur Verübung desselben durch Ratschläge, Anweisungen, Beschaffung von Mitteln oder Beseitigung von Hindernissen Hilfe geleistet haben."

Geyer[1]) tadelt mit Recht das Erfordernis der „gegenseitigen Übereinkunft". Wenn hiergegen Forke[2]) einwendet, mit der „gegenseitigen Übereinkunft" sei nur eine geistige Übereinstimmung gemeint, so ist doch mit einer derartigen Auslegung dem Gesetz Zwang angethan. Gegen Forke spricht auch die im russischen Strafgesetzbuch von 1866[3]) durchgeführte Zweiteilung der Verbrechen mit und ohne Verabredung. Sonach ist es viel wahrscheinlicher, dass diese Zweiteilung in den neuen Entwurf übergegangen, als dass sie, wie Forke meint, fallen gelassen ist. Der Entwurf weist somit eine grosse Lücke auf, da nach Artikel 47 jede Teilnahme ohne vorherige Verabredung straflos bleiben muss. Berechtigt ist auch der Tadel Geyers[4]) über die kasuistische Aufzählung der Mittel zur Hilfsleistung in Nr. 3, da bei der „Mannigfaltigkeit der menschlichen Thätigkeit" nicht jede Hilfsleistung sich unter die in Nr. 3 aufgezählten Arten werde subsumieren lassen, sodass damit ein Weg zu ungerechten Freisprechungen vorgezeichnet sei[5]).

§ 12. Der norwegische Entwurf[6]).

Nach § 58 des Entwurfs kann „bei Zusammenwirken mehrerer zu einem strafbaren Zwecke" die Strafe für denjenigen gemildert werden, dessen Beteiligung an der That entweder durch seine Abhängigkeit von einem der Teilnehmer veranlasst worden oder im Verhältnis zu der Mitwirkung der anderen von untergeordneter Bedeutung gewesen ist. In diesem Falle kann der Teilnehmer

---

[1]) Geyer in der Z., Bd. IV, S. 217.
[2]) Forke, S. 22.
[3]) Vgl. Art. 117, 118.
[4]) Geyer in der Z., Bd. IV, S. 218.
[5]) Geyer, a. a. O.
[6]) Redaktor: Getz; deutsche Übersetzung von Rosenfeld und Urbye in den Mitteilungen der I.K.V., Bd. VII (Beilage).

bei Übertretungen und dann, wenn nur auf Geldstrafe erkannt werden kann, sogar ganz straffrei ausgehen. In § 58 ist also nur von einem verschiedenartigen „Zusammenwirken“ der Teilnehmer die Rede, während eine begriffliche Scheidung unter ihnen nicht gemacht wird. Dieser § entspricht somit im wesentlichen dem s. Z. von Zürcher zu Artikel 16 des schweizerischen Entwurfs gestellten Antrag[1]).

Die Scheidung von Anstiftung, Thäterschaft und Beihilfe ist aber unerlässlich, wofern man nicht die ganze Lehre von der Teilnahme überhaupt aufgeben will. Bei seiner sonstigen hohen Bedeutung ist daher der Entwurf in dieser Hinsicht als verfehlt zu betrachten.

Auch die neuen Strafgesetzentwürfe vertreten gleich den z. Z. geltenden, oben[2]) aufgeführten Gesetzbüchern[3]) einen objektiven Standpunkt. Von den drei Entwürfen ist dem schweizerischen der Vorzug zu geben gegenüber dem russischen, weil er die Teilnahme auch ohne „gegenseitige Übereinkunft“ straft, gegenüber dem norwegischen, weil er nicht die Scheidung der einzelnen Teilnahmeformen ignoriert. Freilich ist auch er insofern noch recht mangelhaft, als er keine Definition der Teilnamearten giebt und die Mitthäterschaft überhaupt nicht erwähnt. Somit sind auch die neuen Entwürfe nicht geeignet, eine glückliche Lösung unserer Frage zu bringen.

III. Kapitel.

Dogmatischer Teil.

A. Die Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuches.

§ 13.

In solchen Fällen, in denen bei der Begehung eines Verbrechens mehrere Personen beteiligt sind, spricht unser Strafgesetzbuch von Mitthätern und Gehilfen. In § 47 bestimmt es: „Wenn mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, so wird jeder

---

[1]) Vgl. oben S. 15, Anm. 3.

[2]) Vgl. oben §§ 6, 7, 8, 9.

[3]) Auch das schwedische St.G.B. von 1864 (§§ 3,4) und das dänische von 1866 (§ 47) vertreten einen objektiven Standpunkt.

als Thäter bestraft", in § 49: „Als Gehilfe wird bestraft, wer dem Thäter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens durch Rat oder That wissentlich Hilfe geleistet hat." Sehen wir von der für unsere Frage nicht in Betracht kommenden Beihilfe „durch Rat" ab, lassen wir ferner aus demselben Grunde ausser acht, dass die Beihilfe zu Übertretungen nicht strafbar ist, so liegt der Unterschied zwischen der Mitthäterschaft und Beihilfe nach dem Wortlaut des Gesetzes darin, dass die Mitthäter eine strafbare Handlung „gemeinschaftlich ausführen", die Gehilfen nur „Hilfe leisten". Aber gerade die Frage, wie der Begriff der gemeinschaftlichen Ausführung in § 47 näher zu bestimmen und von der Hilfsleistung des § 49 abzugrenzen ist, beantwortet das Gesetz nicht. Dass es ihm nicht geglückt ist, durch die Aufzählung der Begriffsmerkmale in den §§ 47, 49 die Mitthäterschaft von der Beihilfe bestimmt und scharf zu scheiden, zeigt der seit Jahrzehnten darüber geführte, bis heutigen Tages unentschieden gebliebene Streit.

B. Der Standpunkt der Lehre in Theorie und Praxis.

a. Die objektive Theorie.

α) Die Kausalitätstheorie.

§ 14. Die klassischen Vertreter der Kausalitätstheorie.

Die objektive Theorie legt das entscheidende Gewicht auf die Art der Thätigkeit. Dabei weichen aber die einzelnen Autoren sehr erheblich voneinander ab, wenn sie auch im Prinzip alle darin übereinstimmen, dass nur die Thatseite der Handlung das unterscheidende Kriterium sei. Diejenige Abart der objektiven Theorie, welche den Unterschied von Mitthäterschaft und Beihilfe auf das Kausalitätsgesetz zurückführt, dürfen wir im Gegensatz zu der objektiven Theorie, deren Wesen wir weiter unten kennen lernen werden, als Kausalitätstheorie[1]) bezeichnen. Die älteren klassischen Vertreter derselben sind Feuerbach, Stübel und Luden.

---

[1]) Auf diese Gestaltung der objektiven Theorie, als einer besonderen Art derselben, ist in der Literatur viel zu wenig hingewiesen, ein Fehler, der zum Missverständnis des Wesens der objektiven Theorie nicht unerheblich beiträgt.

Ausgehend von der Verschiedenartigkeit der Kausalität der Handelnden für den gesetzwidrigen Erfolg unterscheidet Feuerbach[1]) „Hauptursachen“ („hinreichende“ Ursachen) und „Nebenursachen“ und versteht unter ersteren solche Handlungen, „welche das Verbrechen als eine Wirkung hervorbringen“, unter letzteren solche, die zwar, für sich betrachtet, das Verbrechen nicht erzeugen, aber „durch Beförderung der Wirksamkeit des Urhebers zu dessen Entstehung mit beitragen[2])“. Hiernach unterscheiden sich Urheber und Gehilfen dadurch, dass erstere Haupt-, letztere Nebenursachen zum Erfolge setzen. Feuerbach geht aber nicht so weit, dass er, wie es vielfach angenommen wird, das Willensmoment gänzlich unberücksichtigt lässt, vielmehr muss die „hinreichende“ Ursache eine solche in objektiver und subjektiver Hinsicht sein, sie muss, m. a. W., in „Willen und Handlung[3]) enthalten sein“[4]). Dieses subjektive Moment verfolgt er aber nicht weiter in seiner Theorie. — Neben dem unmittelbaren Urheber (auctor delicti) und dem Gehilfen (socius delicti) kennt er noch den sog. Hauptgehilfen[5]) (socius principalis), dessen Thätigkeit in der absichtlichen Hinwegräumung von Hindernissen besteht, sodass ohne diese Hilfsleistung die Begehung des Delikts unmöglich wäre[6]). Im Gegensatz zum physischen (direkten) Urheber, der die That selbst ausführt, bezeichnet er diesen Gehilfen — ebenso wie den Anstifter — als „mittelbaren“ oder „indirekten“ Urheber. Der Hauptgehilfe ist hiernach ein Miturheber, der, ohne sich an der Ausführung des Verbrechens selbst zu beteiligen, nur die den Erfolg hindernden Kräfte vernichtet.

Das ist der wesentliche Inhalt der Feuerbach'schen Theorie, die lange Zeit die herrschende war und in viele Gesetzbücher,

---

[1]) Zur Formulierung dieser Lehre gelangte er erst in den späteren Auflagen seines Lehrbuches.

[2]) Feuerbach, Lehrbuch, § 45; Revision, S. 244, 245.

[3]) Die Thatseite der Handlung soll wohl damit gemeint sein.

[4]) Feuerbach, Lehrbuch, § 44.

[5]) Ebenso Rosshirt, S. 264 und Salchow, S. 96. Letzterer rechnet aber — im Gegensatz zu Rosshirt und Feuerbach — den Hauptgehilfen nicht zu den Urhebern.

[6]) Feuerbach, a. a. O., § 44.

namentlich in das bayrische von 1815 (Art. 45), Eingang fand. Sie erweist sich aber bei näherer Betrachtung als unhaltbar.

Zunächst ist der Ausdruck „hinreichende Ursache“ ein gänzlich verfehlter; denn neben einer hinreichenden Ursache ist für eine andere kein Raum mehr vorhanden. Die Thätigkeit des Gehilfen ist, wie Berner[1]) zutreffend bemerkt, dann eine überflüssige, wenn bereits eine hinreichende Ursache für den Erfolg vorhanden ist. Ferner könnte keine Bestrafung der Mitthäter eintreten; denn wenn die Thätigkeit eines jeden von ihnen für den Erfolg gleich wesentlich ist, so ist eben bei keinem die hinreichende Ursache vorhanden[2]). Mintz[3]) nimmt wohl mit Recht an, dass Feuerbach den Ursachenbegriff nur schlecht formuliert und den Unterschied von Ursache und Bedingung vor Augen gehabt habe. — Ferner ist bei Feuerbach zu missbilligen, dass er im Gegensatz zu seiner in der „Revision“[4]) vertretenen Anschauung den „Hauptgehilfen“ als Urheber, wenn auch als „indirekten“, betrachtet. Denn einmal ist die indirekte Verursachung doch auch eine Verursachung; sodann ist nicht einzusehen, wie die Thätigkeit des Hauptgehilfen, die lediglich in der Hinwegräumung von Hindernissen besteht, die ausreichende Ursache des Verbrechens sein soll und warum eine Handlung, die an sich Beihilfe ist, plötzlich in Urheberschaft übergehen soll, weil sie für den Erfolg unbedingt notwendig war[5]). Heimberger[6]) hält Feuerbach mit Recht vor, dass er den Hauptgehilfen, wenn er ihn erst einmal zu den Urhebern rechnete, auch als solchen hätte bezeichnen, nicht aber die Benennung „socius principalis“ beibehalten sollen. Er konnte sehr wohl den Hauptgehilfen in der Bestrafung dem Urheber gleichstellen, ohne ihn deshalb auch begrifflich den Urhebern zuzählen zu müssen; erblickte er aber in dem Hauptgehilfen einen wahren Urheber, dann durfte er auch die richtige Bezeichnung für diesen Teilnehmer nicht scheuen[7]).

---

[1]) Berner, Teilnahme, S. 235.
[2]) Vgl. Hirsch, S. 8.
[3]) Mintz, S. 15; Köstlin, Revision, S. 572.
[4]) Feuerbach, Revision, S. 263, 264.
[5]) Vgl. Heimberger, S. 248.
[6]) Heimberger, S. 248.
[7]) Vgl. Heimberger, a. a. O.

Den Fehler in der Unterscheidung von Haupt- und Nebenursache vermeiden Grolmann und Tittmann, die auch nicht von „hinreichender“ Ursache sprechen. Vielmehr ist nach Grolmann[1]) Urheber derjenige, „in dessen Handlung die Ursache einer Rechtsverletzung allein enthalten ist“, nach Tittmann[2]) derjenige, „in welchem die Ursache zu dem Dasein eines Verbrechens liegt.“ Kleinschrod[3]) schliesslich weist dem Urheber die „notwendige“, dem Gehilfen die „entbehrliche“ Mitwirkung zu.

Bedeutender als die drei letztgenannten Autoren ist Stübel[4]). Er verwirft sowohl den Begriff der „ausreichenden Ursache“ als auch den der „notwendigen Mitwirkung“ und betrachtet als Thäter denjenigen, „in welchem der Grund der Existenz eines Verbrechens liegt.“ Während nach der Feuerbach'schen Theorie Mitthäterschaft überhaupt nicht angenommen werden kann, weil bei keinem die hinreichende Ursache des Verbrechens vorhanden ist, erscheinen nach der Stübel'schen Auffassung als Mitthäter diejenigen, in deren Zusammenwirken der Grund der Existenz eines Verbrechens liegt. Stübel sah aber selbst ein, dass auch das Zusammenwirken des Urhebers und Gehilfen sehr wohl die Existenz eines Verbrechens begründen könne, dann nämlich, wenn ohne das Zuthun des Gehifen die Verübung des Delikts nicht möglich sei[5]). Er rechnet daher diesen „notwendigen“ Gehilfen noch zu den Urhebern und begeht mit dieser Subsumption des Hauptgehilfen unter den Begriff des Thäters[6]) denselben Fehler wie Feuerbach[7]). In dem weiteren Verlaufe seiner Darstellung giebt er aber noch eine nähere Bestimmung des Begriffes „physischer Urheber“ und stellt damit neben dem ersten einen zweiten Unterschied von Urheberschaft und Beihilfe auf[8]). Er scheidet nämlich „nahe“ und „entfernte“ Teilnehmer („socii proximi“ und „remoti“) und rechnet zu

---

[1]) Grolmann, S. 30, 33.

[2]) Tittmann, S. 200.

[3]) Kleinschrod, S. 257, 289.

[4]) Stübel, Thatbestand, S. 30.

[5]) Stübel, a. a. O., S. 31.

[6]) In seiner „Teilnahme“, §§ 19—22, hat er diesen Fehler vermieden.

[7]) Einen Fortschritt gegenüber Feuerbach und Stübel bedeutet Martins Theorie, wonach der Hauptgehilfe zwar ebenso wie der Thäter bestraft, aber nicht als Urheber, sondern als Gehilfe angesehen wird. Vgl. Martin, S. 181.

[8]) Stübel, Thatbestand, S. 34.

den ersteren alle diejenigen, die durch ihre Thätigkeit einen Teil des Thatbestandes verwirklichen, zu den „entfernten“ Teilnehmern die in sonstiger Weise an der Begehung des Verbrechens beteiligten Personen. Jene sind Mitthäter, diese Gehilfen.

Zur nahen Teilnahme soll aber nicht nur die unmittelbare Hervorbringung einer Thatbestandshandlung gehören, sondern auch diejenige Handlung, die „in der Absicht unternommen wird, eine zum gesetzlichen Begriffe eines Verbrechens erforderliche Thatsache zur Existenz zu bringen[1])“, d. h. die mittelbare Vornahme einer Thatbestandshandlung, z. B. das Festhalten des Opfers. Dadurch aber dehnt Stübel den Begriff der „nahen“ Teilnahme und somit das Gebiet der Thäterschaft zu weit aus und verwischt infolgedessen die Grenze zwischen der Mitthäterschaft und Beihilfe. Doch glaubt er auch jetzt noch den Unterschied dadurch wahren zu können, dass er zur nahen Teilnahme diejenige Thätigkeit rechnet, welche bei und während, zur entfernten diejenige, welche nach der Verübung des Delikts geleistet wird[2]). Darnach soll also die Unterscheidung auf rein äusserlichen Zeitverhältnissen beruhen[3]). Aber Stübel bleibt auch dabei noch nicht stehen. Vielmehr nimmt er nochmals eine Sonderung der entfernten Teilnahme in eine „volle“ und „nicht volle“ oder „Haupt“- und „Nebenteilnahme“ („concursus ad delictum plenus s. principalis“ und „minus plenus s. minus principalis“) vor und versteht unter jener diejenige Art der entfernten Teilnahme, welche zur Begehung des Verbrechens unbedingt notwendig ist[4]). Diese Hauptbeihilfe sieht er als Urheberschaft, wenn auch als „mittelbare“, an und begeht damit denselben Fehler wie in seiner ersten Einteilung. Die Grenze zwischen der Urheberschaft und der Beihilfe ist nun immer ungewisser geworden; auch die Zeit der Vornahme der Handlung kann nicht mehr entscheiden, und so entschliesst er sich denn in seiner „Teilnahme“[5]), den letzten Schritt zu thun und jeden als Urheber zu bezeichnen, der irgendwie vor der Verübung des Verbrechens

---

[1]) Stübel, a. a. O., S. 36.

[2]) Stübel, a. a. O., S. 36.

[3]) Diese Theorie muss offenbar zu grossen Ungerechtigkeiten führen; neuerdings huldigt ihr Fuchs in G. A., Bd. XXIX, Seite 175.

[4]) Stübel, a. a. O., S. 44.

[5]) Stübel, Teilnahme, S. 67.

Hilfe geleistet hat. Für die Beihilfe bleibt nur noch ein kleines Gebiet übrig. Bei den sog. Zweckdelikten nämlich soll derjenige, welcher die zum gesetzlichen Thatbestande gehörende Absicht nicht hat, immer nur Gehilfe sein. Stübel ist also schliesslich so weit in seinen Ausführungen gekommen, dass er jeden begrifflichen Unterschied zwischen der Mitthäterschaft und Beihilfe leugnen muss[1]). Damit aber hat er „der subjektiven Theorie direkt in die Hände gearbeitet[2])".

Als dritter der bedeutenderen klassischen Vertreter der Kausalitätstheorie ist Luden[3]) zu nennen. Nach ihm unterscheiden sich Mitthäter und Gehilfen dadurch, dass die Handlungen der ersteren mit dem Erfolge im Kausalzusammenhange stehen, während dies bei den Handlungen der Gehilfen nicht der Fall ist. Zur Beihilfe rechnet er einmal die rein intellektuelle Teilnahme und sodann diejenige physische Thätigkeit, welche nicht zur Ausführung selbst gehört. Nimmt er hiernach einen rein objektiven Standpunkt ein, so muss es auffallen, dass er neben diese objektive Unterscheidung noch eine zweite, rein subjektive, stellt, nämlich die nach der „Ein- oder Wechselseitigkeit" des verbrecherischen Entschlusses. Letztere soll dann vorliegen, wenn die Gemeinschaft des Entschlusses eine gegenseitige ist, während bei der einseitigen Teilnahme der eine sich den Entschluss des anderen ohne dessen Willen aneignet. Luden sagt uns aber nicht, wie er sich die Verbindung dieser beiden konträren Gesichtspunkte denkt. Ein mittlerer Standpunkt ist aus seiner Theorie nicht zu entnehmen, da er ausdrücklich die subjektive Theorie verwirft[4]).

Die genannten Vertreter der Kausalitätstheorie stimmen also darin überein, dass der Gehilfe eine Bedingung, der Mitthäter die Ursache zum Erfolge setzt. Nur Stübel ist in der Zergliederung der Begriffe Urheberschaft und Beihilfe in ein derartiges Wirrsal geraten, dass er sich schliesslich genötigt sah, jede Mitwirkung zum verbrecherischen Thun als Urheberschaft zu be-

---

[1]) Schirach im N. A. C., Bd. III, S. 415 ff., behauptet sogar, dass es auch in der Bestrafung keinen Unterschied zwischen Urhebern und Gehilfen gebe.

[2]) Vgl. Mintz, S. 24.

[3]) Luden, Handbuch, Band I, §§ 73 ff.

[4]) Luden, Abhandlungen, Band II, S. 363, Anm. 1.

zeichnen. — Nachdem bereits Feuerbach und Luden auf die Berücksichtigung des Willensmoments kurz hingedeutet hatten, giebt die objektive Theorie in ihrer weiteren Entwickelung mehr und mehr ihren extremen Standpunkt auf, sodass fast alle späteren Vertreter der objektiven Theorie in Wirklichkeit einen gemischt objektiven[1]) Standpunkt vertreten. Nicht mehr auf die Unterscheidung von Haupt- und Nebenursache legt man das Hauptgewicht, nicht mehr auf dem Gebiete der Kausalität sucht man das Problem zu lösen, sondern die Art der Thätigkeit überhaupt stellt man als unterscheidendes Kriterium auf. Da war es in neuerer Zeit Birkmeyer, der in seinem epochemachenden Werke „die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts" wieder auf Feuerbach zurückgriff und die Teilnahmelehre auf das längst verlassene Kausalitätsgebiet zurückführte.

§ 15. Die neueren Vertreter der Kausalitätstheorie, insbesondere die Theorie Birkmeyers.

Unter den sämtlichen Bedingungen eines Erfolges greift Birkmeyer die „Ursache" heraus und versteht hierunter die „überwiegende", „wirksamste" Bedingung[2]). Nur diese verursacht nach ihm den Erfolg und charakterisiert sich daher als Thatbestandshandlung, während der Gehilfe nur eine untergeordnete Bedingung setzt, die, wenn sie auch zur Herbeiführung des Erfolges mittelbar dienen kann, doch ausserhalb des gesetzlichen Thatbestandes liegt[3]). Als Mitthäter sieht er hiernach diejenigen an, die zusammen die wirksamste Bedingung, also die Ursache, zum Erfolge setzen, weil sie damit zusammen die Thatbestandsmerkmale des Verbrechens verwirklichen. Zur Veranschaulichung seiner Lehre giebt er folgendes Beispiel: „Der verpönte Erfolg sei gleich 12, seine Bedingungen gleich 7+3+2. Dann ist die 7 die überwiegende, die wirksamste Bedingung, also die Ursache des Erfolges im Sinne des Strafrechts. Besteht sie in einer menschlichen Handlung, dann ist diese die Ausführungs- und

[1]) Freudenthal, S. 24, hält den Ausdruck „gemischt subjektive" Theorie für angebracht. Indessen trifft diese Bezeichnung nicht zu, weil die Abgrenzung der Mitthäterschaft von der Beihilfe doch nach äusseren Merkmalen erfolgt.

[2]) Birkmeyer, S. 99, 100.

[3]) Birkmeyer, S. 113.

Thatbestandshandlung; und haben sich nun an dieser mehrere beteiligt, etwa so: (3+4)+3+2=12, so haben die durch (3+4) Bezeichneten die Verursachung des Erfolges 12 zusammengesetzt, das Verbrechen 12 gemeinschaftlich ausgeführt, sind also Mitthäter".

Neben diesem objektiven Thatbestand berücksichtigt er aber auch noch den subjektiven. Obwohl nämlich der Gehilfe nur eine Bedingung zum Erfolge setzt, trotzdem aber bestraft wird, so setzt, wie er meint, das Strafgesetzbuch voraus, dass der Gehilfe „durch seine Verschuldung hinsichtlich des Gesamterfolges ergänze, was ihm an Verursachung desselben abgehe", m. a. W.: „Die fehlende Kausalität kann durch die Verschuldung nicht ersetzt werden, aber die teilweise vorhandene Kausalität kann durch Verschuldung bis zur Strafbarkeit der vollen Kausalität ergänzt werden" [1]).

So geistreich diese Theorie Birkmeyers ist, so haltlos ist sie. In der oben für den objektiven Thatbestand gebrauchten Formel ist nämlich die 3 einmal Thatbestandshandlung, das andere Mal nicht. Somit ist zunächst nachgewiesen, dass der objektive Thatbestand in der Birkmeyer'schen Theorie falsch ist [2]). Aber auch mit dem subjektiven ist es nicht besser bestellt. Drückt man nämlich in der obigen Gleichung auch das Verschulden der Teilnehmer in Zahlen aus [3]), so müsste die Gleichung lauten: 3+2+3+4=12, d. h.: die Verschuldenszahlen müssten im umgekehrten Verhältnis zu den Bedingungszahlen stehen, m. a. W.: für denjenigen, der die geringste Bedingung zum Erfolge setzt, müsste die grösste Verschuldung zur Bestrafung verlangt werden. Damit aber erweist sich auch der subjektive Thatbestand in der Birkmeyer'schen [4]) Theorie als falsch, weil derjenige, welcher die geringste Bedingung zum Erfolge gesetzt hat, am härtesten bestraft werden müsste. Dass sich dieses verkehrte Resultat ergiebt, kann nicht Wunder nehmen; denn die Annahme, das Gesetz setze zur Bestrafung des Gehilfen voraus, „dass dieser durch seine Verschuldung hinsichtlich des Gesamterfolges ergänze, was ihm

---

[1]) Birkmeyer, S. 126, 127.
[2]) Vgl. Yamakawa, S. 15; W. Meyer, S. 9.
[3]) Vgl. hierzu Yamakawa, S. 15.
[4]) Gegen Birkmeyer besonders Haupt in der Z., Bd. XV., S. 209.

an Verursachung desselben abgehe", ist nicht nur äusserst gekünstelt, sondern auch durch nichts begründet und willkürlich.

Auch nach Mayer[1]) setzt der Thäter eine Ursache, der Gehilfe nur eine Bedingung zum Erfolge[2]), und zwar soll Ursache diejenige Handlung sein, „welche alle in thesi notwendigen Deliktsbestandteile enthält", Bedingung diejenige Handlung, „welche zwar zur Entstehung des Delikts in hypothesi erforderlich war, nicht aber zum Begriffe ebendesselben Delikts notwendig ist."

Ortmann[3]), der gleichfalls die Unterscheidung von Bedingung und Ursache aufgreift, weist dem Thäter die Haupt-, dem Gehilfen die Nebenhandlung zu. Als Haupthandlung sieht er diejenige Thätigkeit an, „welche den bereits gesetzten Bedingungen des Erfolges das letzte zum Zustandekommen fehlende Stück hinzufügt." Dann aber könnte, wie Forke[4]) zutreffend bemerkt, von mehreren Mitthätern immer nur derjenige bestraft werden, welcher die letzte Handlung vorgenommen hat; denn nur er wäre ja Urheber[5]).

Abgesehen von den im einzelnen verfehlten Ansichten der genannten Vertreter der Kausalitätstheorie ist ihnen schon aus dem Grunde nicht beizupflichten, weil die Unterscheidung von Bedingung und Ursache unhaltbar ist. Ursache ist jede Bedingung eines Erfolges, Kausalzusammenhang ist immer dann vorhanden, „wenn die Körperbewegung nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Eintritt des eingetretenen Erfolges entfallen müsste[6])[7])." Wenn auch nicht die Möglichkeit der verschiedenen positiven Wirksamkeit der einzelnen Bedingungen geleugnet werden kann, so sind doch alle Bedingungen qualitativ gleichwertig, und „die quantitativen Kraftunterschiede unter ihnen können ihr Wesen nicht beeinflussen[8])". Der Gehilfe ist gerade

---

[1]) Mayer, S. 49.
[2]) Ebenso Forke, S. 67.
[3]) Ortmann im G.S. 1876, S. 86 ff.
[4]) Forke, S. 46.
[5]) Gegen Ortmann besonders v. Buri in G.A., Bd. XVII, S. 234.
[6]) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch, S. 106.
[7]) Vgl. namentlich v. Buri: Ueber Kausalität und deren Verantwortung.
[8]) Vgl. Beling, S. 20.

so gut Verursacher des Erfolges wie der Mitthäter; denn auch seine Handlung steht mit dem Erfolge im Kausalzusammenhange[1]).

β) Die gemischt objektive Theorie.

§ 16.

Das Wesen der gemischt objektiven Theorie, die wir kurz als objektive Theorie im Gegensatz zur Kausalitätstheorie bezeichnen wollen, haben wir bereits bei Besprechung der letzteren erörtert[2]). Doch auch die Anhänger der gemischt objektiven Theorie weichen im einzelnen sehr erheblich voneinander ab.

Nach Geyer[3]) nimmt der Thäter die Haupthandlung, der Gehilfe die Nebenhandlung vor; diese ist insofern unselbständig, als der Gehilfe sich mit seiner Thätigkeit dem Thäter unterordnet und es diesem allein überlässt, die Haupthandlung zu begehen. Der Gehilfe darf in keiner Weise an der Haupthandlung beteiligt sein, weil sich damit seine bisher untergeordnete Thätigkeit zu einer urheberischen entwickeln würde[4]).

Gegen diese Theorie wendet Glaser[5]) mit Recht ein, es lasse sich in abstracto gar nicht bestimmen, dass gewisse Thätigkeiten nur vom Thäter, gewisse nur vom Gehilfen vorgenommen werden können; somit sei der Begriff der Haupthandlung immer nur ein relativer. Geyer[6]) giebt denn auch die Relativität der Haupthandlung zu, hält aber die Feststellung derselben in concreto, wenn auch in vielen Fällen für sehr schwierig, so doch nicht für unmöglich. Allein schon diese Schwierigkeit der Feststellung genügt, um die Theorie für die Praxis unbrauchbar erscheinen zu lassen. Zudem ist es ganz willkürlich, die Haupthandlung erst nach den konkreten Umständen des einzelnen Verbrechens bestimmen zu wollen.

---

[1]) Frank, § 47, giebt zwar die Kausalität jeder Bedingung zu, unterscheidet aber zwischen mehr- und minderwertigen Bedingungen des Erfolges. Die ersteren weist er den Mitthätern, die letzteren den Gehilfen zu. Eine ähnliche Meinung vertritt Freudenthal, S. 25.

[2]) Vgl. oben § 14 am Ende.

[3]) Geyer in H.H., Bd. II, S. 383 ff.

[4]) Geyer, Thatbestand, S. 149.

[5]) Glaser im G.S. 1864, S. 41 ff.

[6]) Geyer, kleine Schriften, S. 184.

Auch die Theorie Berners führt nicht zu brauchbaren Resultaten. Während er noch in seiner „Teilnahme“ den subjektiven Standpunkt streng durchführt, wendet er sich in seinen „Grundsätzen[1])“ hiervon ab, um sich dann in seinem „Lehrbuch“[2]) unzweideutig auf den objektiven[3]) Standpunkt zu stellen. So sagt er: „Es kommt weder nur auf die äussere Ursächlichkeit, noch nur auf die Absicht an, sondern auf die von der Absicht durchdrungene Ursächlichkeit, d. h. auf den Charakter der Handlung. Demnach entscheidet über den Unterschied von Thäterschaft und Beihilfe die Frage, ob die Handlung Ausführungshandlung ist oder nicht[4])“. Der Gehilfe darf sich hiernach an der Ausführungshandlung nicht beteiligen. Hinsichtlich der Abgrenzung der Handlungen des Thäters von denen des Gehilfen nimmt Berner einen Parallelismus mit den Ausführungs- und Vorbereitungshandlungen beim Versuch an[5]). Aber die Grenze zwischen dem Ende der Vorbereitung und dem Anfang der Ausführung zieht er nicht scharf. Wohl sagt er ganz richtig, dass die Herbeischaffung und Zubereitung der Mittel blosse Vorbereitungshandlungen seien, also nur Beihilfe begründen können[6]). Damit giebt er aber nur ein Beispiel für die Abgrenzung. Worauf es uns vor allem ankommen muss — den technischen Begriff der Ausführungshandlung in einer für die Praxis brauchbaren Weise festzustellen — damit lässt er uns im Stich. Wenn er als Ausführungshandlung diejenige Thätigkeit ansieht, „welche unmittelbar auf Herbeiführung des verbrecherischen Erfolges abzielt“[7])[8]), so ist damit wenig gesagt; denn es wird sich eben in den meisten Fällen sehr schwer feststellen lassen, ob die Handlung eine solch „unmittel-

---

[1]) Berner, Grundsätze, S. 50.

[2]) Berner, Lehrbuch, S. 166.

[3]) Der S. 166 angegebene mittlere Standpunkt ist in Wirklichkeit ein objektiver. Vgl. Birkmeyer, S. 105.

[4]) Berner, a. a. O., S. 166.

[5]) Berner, a. a. O., S. 168. Ebenso H. Meyer, S. 326; ähnlich v. Liszt, S. 202 und Merkel, S. 127. Gegen diesen Parallelismus W. Meyer, S. 39 und Schmidt, S. 35.

[6]) Berner, a. a. O., S. 142.

[7]) Berner, a. a. O., S. 144.

[8]) Ähnlich Yamakawa, S. 38: „Die Ausführung ist die Entfaltung aller Thätigkeiten, die auf eine Handlung gerichtet sind.“

bare“ war oder nicht. Auch die Ausscheidung der Herbeiführung und Zubereitung der Mittel aus dem Gebiete der Ausführungshandlungen ergiebt noch nicht den Begriff der „unmittelbar auf Herbeiführung des verbrecherischen Erfolges abzielenden Handlung.“ — Einen weiteren Mangel weist die Berner'sche Theorie darin auf, dass sie mit dem Begriffe des „Hauptgehilfen“ operiert. Alles, was wir bereits oben (in § 14) bei der Erörterung der Feuerbach'schen Theorie gegen den Begriff des „Hauptgehilfen“ eingewendet haben, gilt auch hier. Allerdings betont Berner, dass diesem Gehilfen die Notwendigkeit seiner Hilfsleistung bekannt gewesen sein müsse[1]). Insofern kann ja wohl eine härtere Bestrafung gerechtfertigt sein. Deshalb aber darf doch ein solcher Gehilfe noch nicht als Mitthäter gelten[2]). Wenn, um Berners[3]) Beispiel zu gebrauchen, das Laden des Gewehrs eine Vorbereitungshandlung ist, so kann diese doch nicht plötzlich in Mitthäterschaft umschlagen, mag die Vorbereitung der Schusswaffe auch noch so unentbehrlich für den Erfolg und dies dem Gehilfen bekannt gewesen sein. Wer könnte übrigens immer feststellen, ob die Hilfsleistung für den Erfolg unbedingt notwendig war oder nicht, oder gar, ob dies dem Gehilfen bewusst war? Nach alledem ist auch die Theorie Berners zur Lösung unserer Frage nicht geeignet.

Eine sehr geistreiche Theorie entwickelt Hälschner. Nach ihm „beabsichtigt der Mitthäter diejenige Thätigkeit auszuüben, vermöge deren seine Handlung dem gesetzlichen Thatbestande des betreffenden Delikts entspricht“, während der Gehilfe „diese Thätigkeit von seiner Absicht ausschliesst und sie dem Thäter überlässt“, m. a. W.: „Der Mitthäter beabsichtigt die Haupthandlung, der Gehilfe die Nebenhandlung vorzunehmen[4])“. Könnten wir hiernach auf einen subjektiven Standpunkt Hälschners schliessen, so belehren uns seine weiteren Ausführungen eines anderen. Er sagt nämlich, dass sich die Verschiedenartigkeit der Absicht auch in der Beschaffenheit der Handluug zeige, sodass

---

[1]) Berner, a. a. O., S. 169.

[2]) Eine ausdrückliche Gleichstellung der Hauptbeihilfe mit der Mitthäterschaft spricht Art. 66 Abs. 2 des code pénal Belge aus.

[3]) Berner, a. a. O., S. 142.

[4]) Hälschner, Strafrecht, Bd. I, S. 420, 421.

Mitthäter derjenige sei, welcher die Haupt-, Gehilfe, wer die Nebenhandlung thatsächlich vornehme[1]). Im Gegensatz zu Geyer, der den Begriff der Haupthandlung nur als einen relativen hinstellt, giebt Hälschner eine abstrakte, klare Definition. Haupthandlung ist nämlich eine solche Thätigkeit, „welche ein wesentliches Moment im Thatbestande ergiebt", während die Nebenhandlung des Gehilfen „ausserhalb des gesetzlichen Thatbestandes liegt[2])." Damit ist unstreitig das objektive Moment in den Vordergrund gerückt. Hälschner will dies aber nicht zugeben; denn er betont immer wieder, dass der Unterschied zwischen der Thätigkeit des Gehilfen und der des Mitthäters nicht auf objektiver Seite zu suchen sei, sondern „in dem verschiedenen rechtlichen Wert der Begehungs- und Unterstützungshandlung[3]) liege", der seinerseits wieder durch die Verschiedenheit der Willensrichtung bedingt sei[4]).

In diesen Ausführungen ist aber ein circulus vitiosus zu erblicken. Denn wenn sich die Verschiedenartigkeit der Willensrichtung in der Verschiedenartigkeit der Handlung ausdrücken soll, so sind doch in Wirklichkeit die objektiven Merkmale der Handlung das Erkennungsmittel für die verschiedenartige Willensrichtung und damit massgebend für den Unterschied der Mitthäterschaft und Beihilfe.

Bei weitem einfacher und praktischer ist die von v. Liszt und Merkel vertretene Theorie. Während v. Liszt noch in der 4. Auflage seines Lehrbuches[5]) die Notwendigkeit einer Unterscheidung von Mitthäterschaft und Beihilfe leugnete und die teilweise in der ausländischen Gesetzgebung aufgegebene Unterscheidung[6]) oder doch wenigstens prinzipiell gleiche Bestrafung

---

[1]) Hälschner, a. a. O., S. 377.

[2]) Hälschner, a. a. O., S. 431, 432.

[3]) Diese Bezeichnung hält Hälschner (S. 377) an Stelle von Haupt- und Nebenhandlung für geeigneter, weil damit auf die verschiedene Willensrichtung hingedeutet wird.

[4]) Hälschner, a. a. O., S. 429.

[5]) v. Liszt, Lehrbuch, 4. Aufl., § 49, II².

[6]) Kohler, Studien, Bd. I, S. 96, hält noch jetzt eine begriffliche Unterscheidung von Mitthäterschaft und Beihilfe für überflüssig, wofern für alle Delikte das Institut der „mildernden Umstände" vorgesehen wäre. Gegen eine Lehre von der Teilnahme ist auch Foinitzky in der Z., Bd. XII, S. 57, 58.

aller Teilnehmer als erstrebenswertes Ideal hinstellte, hat er sich später doch für die begriffliche Scheidung der Teilnahmeformen entschieden. Als Mitthäter bezeichnet er denjenigen, „welcher an der Ausführung, d. h. an einer bereits in den Thatbestand des Verbrechens hineinfallenden Handlung teilgenommen hat.“ Bei den zusammengesetzten Delikten ist Mitthäter auch derjenige, welcher nur eine[1]) der zum Thatbestande gehörenden Handlungen vorgenommen hat. Hiernach ist z. B. schon derjenige wegen Notzucht zu bestrafen, welcher die Frauensperson nur vergewaltigt hat, während ein anderer mit ihr in dem vergewaltigten Zustande den Beischlaf vollzogen hat; denn jede dieser beiden Handlungen bildet ein Thatbestandsmerkmal der Notzucht. Die Beihilfe definiert v. Liszt als die „vorsätzliche Unterstützung eines anderen bei dem von ihm begangenen vorsätzlichen Verbrechen oder Vergehen[2])“. Sie darf also nie in einer Ausführungshandlung bestehen, sondern muss lediglich vorbereitender Art sein. So kann z. B. das Wachestehen bei der Verübung eines Diebstahls immer nur Beihilfe sein, weil mit dieser Thätigkeit kein Thatbestandsmerkmal des Diebstahls verwirklicht wird.

Vergleichen wir die Listz'sche Theorie mit der Berner'schen, so erscheint jene schon in der Definition der Ausführungshandlung bei weitem präciser und für die Praxis brauchbarer. Denn die Frage, ob sich eine Handlung als ein Thatbestandsmerkmal des Verbrechens darstellt, ist doch viel leichter zu beantworten, als die, ob eine „unmittelbar auf Herbeiführung des verbrecherischen Erfolges abzielende Thätigkeit“ vorliegt. Sodann liegt ein Vorzug in der Liszt'schen Theorie darin, dass sie nicht, wie die Berner'sche, mit dem Zwittergebilde des „Hauptgehilfen“ operiert.

Auch nach Merkel[3]) muss der Mitthäter ein Thatbestandsmerkmal verwirklichen[4]), während der Gehilfe nur Vorbereitungshandlungen vornehmen darf, d. h. solche Handlungen, „die dem gesetzlichen Thatbestande des betreffenden Delikts gegenüber als zufällig und ausserwesentlich erscheinen[5]).“

---

[1]) A. M. mit Unrecht Löning, S. 94.

[2]) V. Liszt, Lehrbuch, 11. Aufl., S. 207.

[3]) Merkel, S. 144, 127.

[4]) So auch v. Calker, S. 254.

[5]) Z. B. das Ausspähen der Gelegenheit zur Begehung eines Verbrechens, die Verschaffung von Mitteln und Werkzeugen.

Überblicken wir die einzelnen Variierungen der objektiven Theorie, so müssen wir der von v. Liszt und Merkel vertretenen Meinung entschieden den Vorzug geben. Denn sie operiert nicht mit relativen Begriffen, wie die Geyers, sie ergeht sich nicht in philosophischen Weitläufigkeiten, wie die Hälschners, sie schafft auch nicht neue Subjekte der Teilnahme durch Anerkennung eines Bindegliedes zwischen Mitthäter und Gehilfen, wie die Berners, sondern stellt einfache Begriffe auf, wie sie die Praxis allein gebrauchen kann. Warum die objektive Theorie an sich als die allein richtige anzusehen ist, soll nach Besprechung der subjektiven und mittleren Theorie begründet werden.

b. Die subjektive Theorie.

§ 17. Die Entstehung der beiden Richtungen der subjektiven Theorie.

Im Gegensatz zur objektiven Theorie findet die subjektive die Unterscheidung von Mitthäterschaft und Beihilfe nicht in der That-, sondern in der Willensseite der Handlung begründet. Der erste, welcher der rein objektiven Theorie energisch entgegentrat, war Henke. Er spricht von „vollkommener“ und „unvollkommener“ Teilnahme („concursus plenus“ und „minus plenus“) und rechnet zu den „vollkommenen“ Teilnehmern alle diejenigen, welche ein unmittelbares, gleiches Interesse an der That haben, zu den „unvollkommenen“ die ohne ein derartiges Interesse an der Begehung des Verbrechens Beteiligten [1]). Der Gehilfe darf sogar die Haupthandlung [2]) begehen, ohne zum Mitthäter zu werden, sofern er nur an dem Hervorbringen des Verbrechens kein unmittelbares Interesse hat. Andererseits kann man schon durch eine vorhergehende Verabredung sein unmittelbares Interesse an der That dokumentieren und sich damit zum Mitthäter machen, mag man sich auch gar nicht an der Ausführung der That beteiligt haben [3]).

---

[1]) Henke, S. 288.
[2]) Henke, S. 531.
[3]) Henke, S. 527.

Wiewohl Wächter[1]) die Henke'sche Unterscheidung von Mitthäterschaft und Beihilfe für die allein richtige hält und eine neue Theorie gar nicht schaffen will, so lenkt er doch die subjektive Theorie dadurch auf ein neues Gebiet hinüber, dass er als Mitthäter diejenigen bezeichnet, welche das Verbrechen selbst unmittelbar begehen wollen, als Gehilfen diejenigen, welche ein fremdes Verbrechen nur unterstützen wollen. Damit aber erhebt er nicht, wie Henke, die Motive, sondern den Dolus der Handelnden zum unterscheidenden Kriterium.

So haben die beiden ersten Vertreter der subjektiven Theorie, der eine durch die Betonung des „Interesses", der andere durch die Hervorhebung des „Willens", den Anstoss zu einer doppelten Auffassungsweise gegeben, zur Berücksichtigung der Motive und des Dolus.

α) Die Berücksichtigung der Motive.

§ 18.

In der von Henke eingeschlagenen Richtung bewegt sich auch Köstlin[2]). In seiner „Revision" bezeichnet er als Urheber diejenigen, die sich selbst Zweck sind, als Gehilfen, die sich als blosses Mittel für einen fremden Zweck setzen. Unter dieser Voraussetzung bleibt auch der Hauptgehilfe Gehilfe[3]), ja sogar die Vornahme der Haupthandlung macht den Teilnehmer, der sich nur als Mittel für den fremden Zweck betrachtet, nicht zum Mitthäter; und zwar kann der Gehilfe aus dem Grunde nie Urheber werden, weil er einem anderen die Kausalität zuschreibt, der dadurch Träger derselben wird[4]).

Diese Theorie ist in doppelter Hinsicht falsch. Einmal braucht der Thäter nicht immer sich selbst Zweck zu sein; denn der angestiftete Thäter ist ja auch für einen fremden Zweck,

---

[1]) Wächter, Lehrbuch, Bd. I, S. 148. In seinem „deutschen Strafrecht" (S. 244) verlangt er allerdings, dass die Mitthäter nach dem subjektiven und objektiven Thatbestand die That als eine gemeinsame begehen.

[2]) Köstlin, Revision, S. 449, 465.

[3]) So schon Henke, S. 289, 531.

[4]) Köstlin, a. a. O., S. 448.

nämlich für den des Anstifters, thätig. Sodann kann niemand die Urheberschaft dadurch von sich abwälzen, dass er einem anderen die Kausalität zuschreibt, und ebensowenig kann sich andererseits jemand durch sein blosses Wollen die Kausalität zuschreiben und sich damit zum Urheber machen[1]). Man kann seine Handlung sehr wohl als blosses Mittel für fremde Zwecke betrachten und braucht doch deswegen nicht auch die Kausalität einem anderen zuzuschreiben; denn sonst müsste, um Berners[2]) Beispiel zu gebrauchen, „A, wenn ohne sein Wissen sein Freund B den reichen Onkel des A ermordet, um diesem die Erbschaft zu verschaffen, als Urheber des Mordes bestraft werden."

In seinem „System" unterscheidet Köstlin[3]) Thäter und Gehilfen darnach, ob jemand die That als eigene ausführen oder nur als fremde unterstützen will. Hier lässt er also das Interesse als unterscheidendes Merkmal fallen und stellt die „formelle" Absicht, den Dolus, in den Vordergrund. Dem Thäter weist er deshalb jene formelle Absicht zu, weil er im Gegensatz zum Gehilfen, der zu der That erst determiniert wird, aus freier Selbstbestimmung handelt. Hiergegen wendet Forke[4]) mit Recht ein, dass auch der angestiftete Thäter nicht aus freier Selbstbestimmung handle, dass oft, wenn nicht gar in den meisten Fällen, auch von Mitthätern einige oder einer sich immer erst durch Zureden zur That bestimmen lassen, da ja der Plan zur Begehung des Verbrechens gewöhnlich nur von einem entworfen werde.

Damit fällt auch diese Theorie Köstlins; denn das „Determiniertwerden" ist nichts der Beihilfe Charakteristisches[5]).

Einen ähnlichen Standpunkt wie Köstlin in der „Revision" vertritt Geib[6]). Urheber sind nach ihm alle diejenigen, welche für die Verübung des Verbrechens nicht nur geistig und körperlich thätig sind, sondern das Verbrechen auch als eigenes wollen, d. h. „es in eigenem Interesse und Namen zu bewirken suchen," Gehilfen alle die, welche das Verbrechen lediglich als fremde

[1]) Vgl. Forke, S. 32.
[2]) Berner, Teilnahme, S. 172.
[3]) Köstlin, System, S. 256 ff.
[4]) Forke, S. 32, 33.
[5]) So auch Marezoll, S. 134.
[6]) Geib, S. 318.

Angelegenheit betreiben, d. h. „durch das Verbrechen lediglich die Absicht und das Interesse eines anderen (des Urhebers) befördern wollen.“ Damit rückt Geib die materielle Absicht viel deutlicher in den Vordergrund als Köstlin. Er steht auch nicht auf dem extremen Standpunkt Henkes und Köstlins, nach denen der Gehilfe auch die Haupthandlung begehen darf. Vielmehr sieht er die Annahme, dass der Gehilfe nur in fremdem Interesse handle, durch die That widerlegt, wenn der „angebliche“ Gehilfe die Haupthandlung begeht. Mit dieser Konzession aber, die Geib der objektiven Theorie machen muss, ist der subjektiven die Spitze abgebrochen.

Eine Mittelmeinung hinsichtlich des die Haupthandlung begehenden Gehilfen vertritt Häberlin[1]). Er rechnet ihn nämlich nicht zu den Urhebern, sondern stellt ihn nur in der Bestrafung denselben gleich. Damit ist er konsequenter als Geib, ohne doch in den extremen Standpunkt Köstlins und Henkes zu verfallen.

Die eben besprochene Richtung der subjektiven Theorie stellt ein Moment in den Vordergrund, das für das Strafrecht völlig irrelevant ist: die Motive des Handelnden. Wohl können diese für die Strafzumessung in Betracht kommen, aber auf die Bestrafung selbst haben sie keinen Einfluss. So sagt Hälschner[2]) zutreffend: „Ein in der Handlung selbst gar nicht in die Erscheinung tretender, nur der Innerlichkeit des Handelnden angehörender Vorgang kann niemals den Thäter in einen Gehilfen, den Gehilfen in einen Thäter verwandeln.“ — Wenn A den B mit Vorsatz und Überlegung getötet hat, so wird er wegen Mordes zum Tode verurteilt, mag er die That aus Gewinnsucht oder Rache, aus politischen oder religiösen Gründen begangen haben. Auch der von vielen Seiten erhobene Einwand, dass das Strafgesetzbuch bei den sog. Zweckdelikten nur dann strafe, wenn der Thäter auch den vom Gesetz verlangten Zweck mit der That zu erlangen suchte, dass somit auch das Gesetz die Motive nicht bloss bei der Strafzumessung, sondern auch bei der Bestrafung selbst berücksichtige, ist nicht stichhaltig. Denn bei den Zweckdelikten gehört ja gerade das Motiv, das den Handelnden zu der That treibt, zu den Thatbestandsmerkmalen des Verbrechens.

---

[1]) Häberlin, S. 57.

[2]) Hälschner, Strafrecht, Bd. I, S. 381.

β) Die Berücksichtigung des Dolus.

§ 19.

Die andere Richtung der subjektiven Theorie glaubt den Unterschied von Mitthäterschaft und Beihilfe in der Verschiedenartigkeit des Dolus der Teilnehmer begründet zu sehen. So erklärt Berner[1]) die Beschaffenheit des Zweckes, also der „materiellen" Absicht, für gleichgiltig und baut seine ganze Lehre auf der „formellen" Absicht auf. Hierunter versteht er die auf Vollführung eines Verbrechens gerichtete Absicht und schreibt diese nur dem Thäter zu: „Der Urheber muss die That als seine eigene hervorbringen wollen. Seine Absicht muss es sein, für die er arbeitet." Der Gehilfe dagegen „will nur die Ausführung einer fremden Absicht befördern; er eignet sich die fremde Absicht in keiner Weise an"[2]). Berner scheidet sodann die Delikte in 2 Gruppen, je nachdem die verbrecherische Absicht mit der Begehung der Haupthandlung zusammenfällt oder nicht[3]). Bei Delikten der letzteren Art kann nach seiner Ansicht der Gehilfe selbst die Haupthandlung begehen, ohne zum Mitthäter zu werden, solange er sich nur die verbrecherische Absicht des Thäters nicht aneignet; bei Delikten der ersteren Art dagegen begründet die Vornahme der Haupthandlung immer Thäterschaft, weil hier „die Begehung der Haupthandlung die zum Verbrechen erforderliche Absicht notwendig involviert."

Nach dieser Theorie müsste jeder, der bei Delikten dieser Art eine Nebenhandlung vornimmt, immer nur Gehilfe sein, selbst wenn er den animus auctoris hätte. Diese Konsequenz hat Berner nicht gezogen, vielleicht auch gar nicht daran gedacht. Er sagt uns auch nicht, was er unter Haupthandlung versteht; er giebt ferner nicht an, welche Verbrechen er zur ersten oder zweiten Gruppe zählt. Bei dieser Lückenhaftigkeit ist daher seine Theorie nicht zu halten. Wenn er weiterhin den Einfluss des Handelnden auf den Erfolg betont[4]), so ist dieser Hinweis ein sehr dürftiger, weil er uns gar nicht sagt, wie er sich diesen Einfluss denkt.

---

[1]) Berner, Teilnahme, S. 171.
[2]) Berner, a. a. O., S. 207, 171.
[3]) Berner, a. a. O., S. 216.
[4]) Berner, a. a. O., S. 219.

Viel bestimmter hat sich in dieser Richtung Bauer[1]) ausgesprochen. Die Willensrichtung, sagt er, habe in vielen Fällen auf die Art der Mitwirkung Einfluss, sodass diese ein Erkenntnisgrund für jene sei[2]).

Dass in vielen Fällen von der äusseren Beschaffenheit der Handlung auf die Gleichheit der Absicht der Teilnehmer geschlossen werden kann, leugnet zwar auch Zachariä[3]) nicht, hält es aber für eine „strafrechtlich unzulässige praesumptio iuris," den sog. Hauptgehilfen deshalb als Thäter zu behandeln. Die Beihilfe charakterisiert sich nach ihm vielmehr dadurch, dass ihr „die Absicht, das Verbrechen selbst begehen zu wollen, mangelt." Während also Bauer in der äusseren Beschaffenheit der Handlung einen Erkenntnisgrund für die Verschiedenheit des Dolus erblickt, hält Zachariä einen solchen Rückschluss von der That auf die Absicht in vielen Fällen sogar für einen grossen Fehler.

Nach Heffter[4]) ist „Beiständer" derjenige, „welcher, ohne für sich die Absicht zur Begehung des Verbrechens zu haben, die von einem anderen ausgeführte oder verursachte Missethat vorsätzlich unterstützt oder befördert", Mitthäter, „in dessen Person und Handlung sich der Thatbestand des Verbrechens vorfindet." Dieser Theorie fehlt es jedoch an einem gemeinschaftlichen Einteilungsgrunde, weil der Gehilfe nach subjektiven, der Thäter nach objektiven Merkmalen bestimmt wird[5]).

In dem Kampfe für die subjektive Theorie tritt nunmehr ein Stillstand ein, bis v. Buri, der hervorragendste Vertreter derselben, den Kampf für sie von neuem aufnimmt, um ihn bis zum heutigen Tage mit dem Erfolge durchzuführen, gerade seine Theorie vom Reichsgericht adoptiert zu sehen. Wegen seiner Betonung der „materiellen" Absicht müsste er freilich unter die Kategorie derjenigen Autoren gezählt werden, welche die Motive als unterscheidendes Moment hinstellen. Da er aber auch die „formelle" Absicht in seine Deduktionen hineinzieht, da ferner bei Besprechung der neueren Literatur immer wieder auf seine Theorie zurück-

---

[1]) Bauer, S. 419.
[2]) Ebenso Abegg, S. 118.
[3]) Zachariä im A. N. F. 1851, S. 215, 216.
[4]) Heffter, S. 74.
[5]) Vgl. Bauer, S. 423.

gegriffen werden muss, so erscheint es angemessen, an dieser Stelle auf seine Lehren einzugehen.

v. Buri geht davon aus, dass Bedingung und Ursache gleichwertig seien, wodurch die Unterscheidung von Mitthäterschaft[1]) und Beihilfe nach objektiven Merkmalen unmöglich gemacht werde[2])[3]). Als Urheber sieht er denjenigen an, welcher einen eigenen, selbständigen Zweck verfolgt, als Gehilfen, wer seinen Zweck nur darin findet, dass der Urheber sein Ziel erreiche, m. a. W.: Es entscheidet die Selbständigkeit oder Unselbständigkeit des Interesses. Im letzteren Falle habe sich nämlich, wie er meint, der Gehilfe mit seinem Zweck dem Urheber untergeordnet, sodass dadurch sein (des Gehilfen) Wille in Ansehung der materiellen Absicht ein unselbständiger geworden sei. Wenn auch der Gehilfe eine selbständige formelle Absicht habe — denn auch er wolle ja den Erfolg — so wirke doch die Unselbständigkeit der materiellen Absicht auch auf seine formelle Absicht ein; diese werde damit, ebenso wie die Thätigkeit selbst, unselbständig und bedinge die absolut geringere Strafbarkeit des Gehilfen. Von einer Verschiedenheit der formellen Absicht bei Urhebern und Gehilfen zu sprechen, sei demnach nur dann gerechtfertigt, wenn man die Verschiedenheit der materiellen Absicht in Betracht ziehe.

Diese Verschiedenheit der materiellen Absicht ist der Kernpunkt der Buri'schen Theorie. Damit werden aber trotz der Betonung der formellen Absicht doch wieder die Motive, die, wie wir oben[4]) gesehen haben, für die Bestrafung an sich irrelevant sind, in den Vordergrund gerückt, sodass schon damit die Buri'sche Theorie fällt. Übrigens ist auch der Satz, dass die Unselbständigkeit der verbrecherischen Thätigkeit und der formellen Absicht die notwendige Folge der Unselbständigkeit der materiellen Absicht sei, nicht richtig. Denn wenn z. B. der Thäter während der Ausführung zurücktritt, der Gehilfe aber die That fortsetzt, so ist weder seine Thätigkeit der des Urhebers untergeordnet, noch ist seine formelle Absicht gegenüber der urheberischen eine un-

---

[1]) v. Buri spricht von Urheberschaft.

[2]) v. Buri hat wohl hier weniger die eigentliche (gemischt) objektive Theorie als vielmehr die Kausalitätstheorie vor Augen.

[3]) v. Buri, Teilnahme, S. 2, 3.

[4]) Vgl. oben § 18 am Ende.

selbständige[1]). Es lässt sich auch gar nicht einsehen, warum die an sich selbständige formelle Absicht durch das Hinzutreten der materiellen Absicht plötzlich unselbständig werden soll[2]). — Unsere Argumentation scheint aber durch den Buri'schen Satz widerlegt zu werden, dass der Gehilfe nicht die Haupthandlung begehen dürfe[3]), d. h. diejenige Handlung, „durch welche das Verbrechen aus dem Stadium des Versuchs zur Vollendung übergeführt wird". Wenn nämlich, so meint er, „der Gehilfe über diejenige Thätigkeit hinausgreife, auf welche der Wille des Urhebers gerichtet sei", so falle die Unselbständigkeit der formellen Absicht weg, sodass dann von blosser Beihilfe keine Rede mehr sein könne. Dieser Satz enthalte auch seiner Theorie nichts Zuwiderlaufendes; denn nicht die objektive Verschiedenheit sei für ihn der Grund dafür, dass der Gehilfe nicht die Haupthandlung begehen dürfe, sondern der Grund sei insofern ein subjektiver[4]), als mit Begehung der Haupthandlung der Wille des Gehilfen nicht mehr ein untergeordneter sei, sondern sich zum herrschenden aufwerfe.

Diese Ausscheidung des objektiven Elements aber ist nur eine scheinbare. v. Buri mag wohl eingesehen haben, dass seine Theorie, streng durchgeführt, geradezu widersinnige Resultate liefern müsse. Vor dieser Konsequenz schreckte er jedenfalls zurück und zog das vermittelnde Institut des Hauptgehilfen in seine Deduktionen hinein. Damit aber brach er selbst seiner Theorie die Spitze ab. Die Haupthandlung ist und bleibt darnach die „Achillesferse"[5]) der Buri'schen Theorie.

Seine Theorie hat v. Buri später[6]) dahin modifiziert, dass nicht das Interesse, sondern der Wille des Gehilfen sich dem Willen des Thäters unterordne und somit ein unselbständiger[7])

---

[1]) Es wird natürlich hierbei vorausgesetzt, dass der Gehilfe nicht für sich, sondern für den Thäter die Ausführung fortsetzt, sodass die materielle Absicht des Gehilfen unselbständig bleibt.

[2]) Vgl. Forke, S. 40.

[3]) Ebenso Hermes, S. 22.

[4]) v. Buri, Kausalität, S. 104.

[5]) Vgl. Birkmeyer, S. 44.

[6]) v. Buri im G.S. 1867, S. 279, 280; 1870, S. 23; 1873, S. 239; 1876, S. 196.

[7]) Ebenso Janka, S. 150.

sei, dass der Gehilfe die Verübung des Delikts nur dann wolle, wenn dies auch der Urheber beabsichtige[1]). Damit sei dann der Wille des Gehilfen nur ein eventueller, der aber nicht mit dem urheberischen dolus eventualis verwechselt werden dürfe.

Hiergegen wendet Forke[2]) mit Recht ein, dass der Wille des Gehilfen unter Umständen ein viel selbständigerer sein könne als der des Urhebers, dann z. B., wenn der Gehilfe den wankelmütig gewordenen Thäter durch sein Zureden vom Rücktritt abhalte; dass hierin auch kein der Beihilfe eigentümliches Unterscheidungsmerkmal liege, weil ja auch bei Mitthätern jeder das Verbrechen nur dann wolle, wenn dies auch die Absicht der Komplizen sei.

v. Buris Ausführungen zeigen uns, dass es ihm auch durch das Hereinziehen der formellen Absicht in seine Deduktionen nicht gelungen ist, die Motive aus dem Felde zu rücken, wenn er auch wiederholt erklärt hat, nicht auf die Verschiedenartigkeit der Motive, sondern des Dolus stütze sich seine Theorie. Auch in der neuen Formulierung seiner Lehre fand er keinen Ausweg; denn hier hat er gar einen neuen Gehilfen geschaffen, einen Gehilfen, „der sich z. Z. des Verbrechens überhaupt noch nicht entschlossen hat, der absolut noch nicht weiss, was er will[3]).

Einen unsicheren Standpunkt vertritt Binding[4]). Da nach ihm der Gehilfe nur einzelne Bedingungen, nicht die Ursache zum Erfolge setzt, so müsste man ihn hiernach als Verfechter der Kausalitätstheorie ansehen. Andererseits spricht aber wieder für einen subjektiven Standpunkt seine Kritik des Entwurfs des norddeutschen Strafgesetzbuchs[5]). Doch scheint er diesen Standpunkt in seinem „Grundriss“ schon wieder aufgegeben zu haben und dort einer mehr vermittelnden Theorie zu huldigen[6]).

---

[1]) v. Buri in G.A., Bd. XVII, S. 236.

[2]) Forke, S. 41.

[3]) Vgl. Birkmeyer, S. 10, Anm. 24.

[4]) Binding, Handbuch, S. 424.

[5]) Kritik des Entw., S. 90, 91.

[6]) Binding, Grundriss, S. 125: „Es ist ein Unding, den Gehilfen vom Thäter nur durch die Verschiedenheit seiner That wie seines Willens scheiden zu wollen.“

Jedenfalls lässt die kurze Formulierung seiner Lehre eine bestimmte Deutung bezüglich seines Standpunktes nicht zu.

Schwarze [1]) und Rüdorff [2]) unterscheiden Mitthäter und Gehilfen darnach, ob man die That als seine eigene oder als die eines andern wolle [3]). Gerade diese Formulierung der subjektiven Theorie treffen Merkels[4]) Ausführungen, wonach ein zurechnungsfähiger Mensch seine Handlungen immer als die seinigen betrachtet und damit bewusst die Verantwortlichkeit auf sich lädt; wonach das Recht den Richter nicht anweist, immer erst zu untersuchen, ob jemand die That als seine eigene oder als fremde gewollt habe. — Aber Schwarze und Rüdorff sind jedenfalls insofern konsequenter als v. Buri, als sie für den Gehilfen, der die Haupthandlung begeht, keine Ausnahme statuieren.

In Übereinstimmung mit dem Reichsgericht [5]) [6]) verlangt Borchert, dass zur Annahme der Mitthäterschaft das blosse Vorliegen des animus auctoris nicht genüge, dass vielmehr auch irgend eine auf die Ausführung des Delikts gerichtete Thätigkeit geleistet werden müsse[7]).

Gleich Berner hat auch Ohlshausen[8]) eine Wandlung in seiner Ansicht durchgemacht, jedoch in entgegengesetzter Richtung. Im Gegensatz zu seiner in den ersten 2 Auflagen seines Kommentars vertretenen Meinung hält er jetzt zur Annahme der Mitthäterschaft jede Mitwirkung an der Ausführung des Delikts mit dem Dolus des Thäters für ausreichend[9]). Diese auffallende Änderung seiner Ansicht ist wohl dem Einfluss zuzuschreiben, den das Reichsgericht mit seiner Rechtsprechung auf ihn ausgeübt hat. Der objektiven und gemischten Theorie setzt er den

---

[1]) Schwarze, S. 140.

[2]) Rüdorff, § 47, Note 2.

[3]) Ebenso Ruhstrat im G.S. 1880, S. 192.

[4]) Merkel, S. 144.

[5]) Ebenso Gamp im G.S. 1875, S. 66.

[6]) Die Judikatur des Reichsgerichts wird am Ende dieses § besprochen werden.

[7]) Es erübrigt sich, hier näher auf Borcherts Theorie einzugehen, weil sie mit der vom Reichsgericht vertretenen im wesentlichen übereinstimmt.

[8]) Ohlshausen, § 47, Note 5.

[9]) Ebenso Borchert und das Reichsgericht.

Einwand entgegen, dass sich bei der Beteiligung mehrerer an einer strafbaren Handlung sehr oft nicht feststellen lasse, wer von ihnen die Thatbestandshandlungen vorgenommen habe, sodass sämtliche Teilnehmer dann nur wegen Beihilfe bestraft werden könnten. Das aber ist, wie Birkmeyer[1]) richtig bemerkt, dem Wortlaut des Gesetzes gegenüber, wonach alle Mitthäter „ausführen“ müssen, eine Erwägung de lege ferenda. Dagegen ist der zweite Einwand Birkmeyers nicht richtig. Er sagt nämlich, dass das Gesetz in solchen Fällen, in denen die Art der Beteiligung mehrerer an einem Verbrechen besonders schwierig festzustellen sei[2]), durch die gleiche Bestrafung sämtlicher Teilnehmer Abhilfe geschaffen habe. Dass dies, wie er meint, der Wille des Gesetzgebers gewesen sei, ist nicht anzunehmen. Vielmehr straft das Gesetz in diesen Fällen offenbar nur wegen der Gemeingefährlichkeit der Verbrechen alle Teilnehmer gleichmässig ohne Rücksicht auf den Grad und die Art ihrer Beteiligung[3]). Dafür spricht ja auch die relativ hohe Strafe bei Verbrechen dieser Art.

Eine eigenartige Theorie hat Glaser[4]) aufgestellt: Der Gehilfe nehme die Handlung vor, ohne bestimmt zu erwarten, dass der Erfolg eintreten werde. „Es fehle ihm somit die wirkliche Absicht, sodass er mit einer Art von unbestimmtem Vorsatz handle.“

Hiergegen wendet v. Buri[5]) mit Recht ein, dass der Gehilfe unter Umständen den Eintritt des Erfolges viel bestimmter erwarten könne als der Thäter, dann z. B., wenn ihm für den Fall des Gelingens eine hohe Belohnung zugesagt sei. — Den zweiten von Glaser[6]) aufgestellten Satz, der Gehilfe handle mit dem Willen, dass das Verbrechen möglich, der Thäter, dass es wirklich werde[7]), widerlegt Geyer[8]) mit dem Hinweis, dass, wenn jemand

---

[1]) Birkmeyer, S. 107.

[2]) Vgl. z. B. §§ 115, 122, 124, 125, besonders 227 St.G.B.

[3]) Durch diese Ausnahmebestimmungen wird also unsere Frage keineswegs gelöst.

[4]) Glaser im G.S. 1864, S. 42 ff.

[5]) v. Buri im G.S. 1867, S. 287.

[6]) Glaser, kleine Schriften, S. 127.

[7]) Ähnliche Resultate wie bei Glaser finden wir bei Borst im N.A.C., Bd. VII, S. 691 ff. und bei Kittka, S. 62 ff.

[8]) Geyer, kleine Schriften, S. 172.

das Bewusstsein habe, durch seine Handlung den Eintritt des Erfolges zu ermöglichen, immer dolose Gesinnung vorliege.

Ziehen wir das Resultat aus unseren Ausführungen, so müssen wir auch die zweite Richtung der subjektiven Theorie, welche die Verschiedenartigkeit des Dolus als unterscheidendes Moment ansieht, als verfehlt betrachten. Freilich stützen sich die neueren Autoren, namentlich Borchert[1]) und Ohlshausen[2]) in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht[3]), auf die Motive zu §§ 47, 49 St.G.B., die nach ihrer Ansicht unzweideutig den subjektiven Standpunkt vertreten. Die Motive sagen nämlich, „dass mit der Bezeichnung gemeinschaftliche Ausführung nicht bloss das rein äusserliche Moment der gemeinschaftlichen Thätigkeit, sondern auch und zwar vorzugsweise die Art der Mitwirkung bei der Ausführung ausgedrückt werden solle; dass nicht sowohl das Mass und die Bedeutung der That, als vielmehr die Absicht, aus welcher sie entsprungen, nach wie vor das wesentlich entscheidende Moment bilden solle.“ Die Motive sprechen hiernach deutlich aus, dass mit der „gemeinschaftlichen Ausführung“ nicht ausschliesslich, sondern nur vorzugsweise der Charakter der Mitwirkung des einzelnen ausgedrückt werden solle. Wenn sie dann weiter hervorheben, dass die Absicht nicht allein, sondern das „wesentlich“ entscheidende Moment bilden solle, so wollen sie doch damit nicht den subjektiven Gesichtspunkt allein als ausschlaggebend hinstellen. Die Motive vertreten hiernach höchstens einen mittleren Standpunkt, sanktionieren aber keineswegs die subjektive Theorie. Auch das Reichsgericht[4]) behauptet, die Motive schlössen die objektive Theorie aus und gegen die Motive habe sich kein Widerspruch bei der Beratung erhoben. Hierin ist aber noch kein Grund dafür zu erblicken, dass auch alle mit den Motiven einverstanden gewesen sind; „denn nur die wenigsten verstehen überhaupt den wahren Sinn der Motive und sind sich ihrer Tragweite bewusst. Schliesslich wird ja auch nicht über die Motive, sondern über das Gesetz abgestimmt, und in diesem ist der subjektive Stand-

---

[1]) Borchert, S. 45.
[2]) Ohlshausen, § 47, Note 5.
[3]) Vgl. die berühmte Entscheidung in Band II, S. 160.
[4]) Vgl. E.R.G. Bd. II, S. 160.

punkt nicht zum Ausdruck gekommen[1])." „Nicht der Wille des Gesetzgebers, sondern der des Gesetzes ist Recht[2])." — Wenn die Motive sagen, die Absicht solle „nach wie vor" das wesentlich entscheidende Moment bilden, so liegt hierin ein grober historischer Fehler[3]). Denn wir haben ja im geschichtlichen Teil gesehen, dass niemals zuvor — abgesehen vom sächsischen Strafgesetzbuch von 1855 — die Absicht das wesentlich entscheidende Moment gewesen ist, dass vielmehr fast sämtliche vor dem Reichsstrafgesetzbuch ergangenen Kodifikationen den objektiven Standpunkt streng durchgeführt haben. Es ist tief zu bedauern, dass auch dass Reichsgericht den Fehler begangen hat, sich auf derartig falsche[4]) Motive zu stützen.

Das Hin- und Herschwanken[5]) der Motive hat sich auch in der Praxis der höchsten Gerichtshöfe gezeigt. Während das sächsische Oberappellationsgericht[6]) die subjektive Theorie durchführt, nimmt das preussische Obertribunal[7]) einen objektiven Standpunkt ein, ohne doch die Berücksichtigung des subjektiven Moments gänzlich ausser acht zu lassen. Auch der bayrische Kassationshof[8]) vertritt einen objektiven Standpunkt, indem er zur Annahme der Mitthäterschaft Verwirklichung eines Thatbestandsmerkmals verlangt.

Das Reichsgericht schliesslich hat mit seiner Rechtsprechung die alte Komplotttheorie wieder zum Leben erweckt. Wenn es auch zur Annahme der Mitthäterschaft das Vorhandensein des thäterischen Dolus (animus auctoris) nicht für ausreichend hält, daneben vielmehr noch irgend eine Beteiligung bei Ausführung[9]) der That verlangt, so spielt doch dieses objektive Moment in der Judikatur des Reichsgerichts eine sehr kümmerliche Rolle, da der Begriff des „Ausführens" auf jede mögliche und unmögliche

---

[1]) Vgl. hierzu Forke, S. 29.
[2]) Vgl. Birkmeyer, S. 85.
[3]) Vgl. Forke, S. 30.
[4]) Vgl. Geyer, Grundriss, S. 138 und Birkmeyer im G. S. 1885, S. 329.
[5]) A. M. W. Meyer, S. 14.
[6]) Vgl. sächsische Gerichtszeitung XV, 127; XIX, 118.
[7]) Vgl. G.A., Bd. XXI, S. 491, 492; Bd. XXIII, S. 195.
[8]) Vgl. G.A., Bd. XXI, S. 598; Bd. XXII, S. 661.
[9]) Vgl. E.R.G. Bd. XXVIII, S. 306.

Weise ganz willkürlich[1]) ausgedehnt wird. Denn während das Gesetz in § 47 ausdrücklich das Moment des gemeinschaftlichen „Ausführens" verlangt, also zum mindesten doch eine auf Begehung des Verbrechens abzielende physische Thätigkeit, kann man sich nach Ansicht des Reichsgerichts schon dadurch zum Mitthäter machen, dass man, obwohl man die That hätte hindern sollen, sie doch im Einverständnis mit den übrigen Teilnehmern hat geschehen lassen (sog. qualifizierte Unterlassung)[2]. „Es könne sogar", so meint das Reichsgericht[3]), „rechtlich nicht beanstandet werden, eine Beteiligung an der Ausführung der gemeinsam geplanten Strafthat schon in der blossen Mitanwesenheit bei Begehung der Deliktshandlung zu finden, wenn nach dem Willen des betreffenden Mitthäters die Ausführung der Strafthat auf psychologischem Wege gefördert werden sollte." Wenn das Reichsgericht hiernach zur Ausführung auch eine rein psychische[4]) Thätigkeit rechnet, so heisst das den Begriff „ausführen" geradezu auf den Kopf stellen. Der psychologische Einfluss, den jemand durch seine ermunternde Anwesenheit auf die Teilnehmer ausübt, ist doch höchstens ein Akt zum Zweck der Ausführung, nicht aber ein Akt der Ausführung selbst[5]). Dieses letztere Moment aber gehört nach dem Wortlaut des § 47 unzweifelhaft zu den Begriffsmerkmalen der Mitthäterschaft, wenn wir auch nicht verlangen, dass der Mitthäter gerade eine Thätigkeit von „hervorragender Bedeutung", von „besonderem Umfange", von „erheblicher Intensität" leisten müsse[6]). Wie in vielen anderen Fällen, so scheint das Reichsgericht eben auch hier wieder einmal nach den konkreten Umständen des Falles entscheiden zu wollen, ohne sich an eine feste Theorie zu halten. So ist denn auch der von Birkmeyer in seiner „Lehre von der Teilnahme" erhobene Vorwurf, dass das Reichsgericht auf seinem einmal eingenommenen Standpunkte nicht

---

[1]) So soll das blosse Auskundschaften der Gelegenheit zur That (E.R.G. Bd. IX, S. 9) oder das Wachestehen (E.R.G. Bd. II, S. 162) schon Mitthäterschaft sein.

[2]) Vgl. E.R.G. Bd. IX, S. 8; Bd. III, S. 268; ebenso Borchert, S. 46.

[3]) Vgl. E.R.G. Bd. XXVI, S. 346.

[4]) Vgl. E.R.G. Bd. XXVI, S. 353.

[5]) Vgl. Geyer, Grundriss, S. 140.

[6]) Vgl. E.R.G. Bd. XXVI, S. 346.

verharre, sondern prinziplos zwischen beiden Theorieen hin- und herschwanke, nur zu gerechtfertigt. Die von Löffler[1]) hiergegen aufgestellte Behauptung, dass diese Vorwürfe ungerecht seien, weil das Reichsgericht von der subjektiven Theorie nur dort abweiche, wo diese mit dem Wortlaut des Gesetzes unvereinbar zu sein scheine, ist aus den oben angeführten Gründen nicht zu halten. Übrigens ist ja das Reichsgericht der Streitfrage an sich gar nicht näher getreten, sondern hat sich lediglich auf die Motive gestützt, auf Motive, die, wie wir gesehen haben, nicht nur historisch falsch sind, sondern auch gegen den Wortlaut des Gesetzes sprechen. Welche Verwirrung das Reichsgericht mit seiner Rechtsprechung angerichtet hat, zeigt ja die Praxis der Gerichte, die nichts weniger als einheitlich ist.

So haben denn auch die neuesten Bemühungen um die Vervollkommnung der subjektiven Theorie ihr Ziel nicht erreicht. Die subjektive Theorie ist nicht nur zu philosophisch gestaltet und damit wegen der Schwierigkeit des Beweises, der sich hier nur mit innerlichen Vorgängen zu befassen hat, für die Praxis unbrauchbar, sondern steht auch mit dem Wortlaut des Gesetzes sowie mit der ganzen Rechtsentwickelung in Deutschland und in den anderen Ländern in grellem Widerspruch und verletzt aufs tiefste unser Rechtsgefühl. „Sie scheitert rettungslos daran, dass sie den, der mit sich unterordnendem Willen die Haupthandlung begeht, als Gehilfen betrachten muss, während sie andererseits beim Komplott, da hier jede Mitwirkung Thäterschaft begründet, den Begriff der Beihilfe überhaupt aufhebt[2])."

c. Die mittlere Theorie.

§ 20. Im allgemeinen.

Eine dritte Gruppe von Ansichten sucht ein Kompromiss zwischen der objektiven und subjektiven Theorie herbeizuführen. Das Wesen dieser Theorie, die wir als mittlere bezeichnen wollen, besteht darin, dass sie Wille und That zur Feststellung des Unterschiedes in wesentlich gleichem Masse heranzieht. Zur Annahme

[1]) Löffler in Grünhuts Zeitschrift, Bd. XIX, S. 512.
[2]) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch, S. 203, Anm. 7.

der Mitthäterschaft genügt einerseits nicht das Vorliegen des animus auctoris, andererseits auch nicht jede Mitwirkung an der Ausführung des Delikts. Vielmehr wird neben dem animus auctoris als Mindestmass der Mitwirkung die Verwirklichung eines Thatbestandsmerkmals verlangt. Hiernach liegt in einer blossen Hilfsleistung, selbst wenn sie mit dem animus auctoris vorgenommen wird, noch nicht Mitthäterschaft, andererseits macht auch nicht die Verwirklichung eines Thatbestandsmerkmals zum Mitthäter, wenn der Handelnde bei Begehung der That nur den animus socii hatte.

§ 21. Die einzelnen Autoren.

In der im vorigen § geschilderten reinsten Gestalt wird die mittlere [1]) Theorie von Oppenhof[2]) vertreten. Die übrigen Autoren weichen erheblich voneinander ab.

v. Bar[3]) verkennt nicht den Fortschritt, den die Betonung der Absicht in der Lehre von der Teilnahme bewirkt hat, wünscht aber doch das Thatmoment der Handlung, die „reale Natur der Dinge", in den Vordergrund gerückt zu sehen. Seine Ausführungen lassen jedoch nicht erkennen, welches Postulat er für die Unterscheidung von Urheberschaft[4]) und Beihilfe aufstellt. Bald hält er den Willen für das geeignete Unterscheidungsmerkmal, bald wieder die Verschiedenartigkeit der gebrauchten Mittel, da „der Begriff von Mittel und Zweck auf den Begriff der Absicht zurückführe"[5]). Während er eine Unterscheidung von Haupt- und Nebenursachen im Gebiete des Sinnlichen verwirft, hält er sie im Gebiete des „Geistigen und Freien" für notwendig und sieht als Nebenursache die That des Gehilfen an, „weil ihm das Verbrechen in geringerem Grade zugerechnet werde als dem Urheber"[6]). An anderer Stelle[7]) wieder will er den Gehilfen dadurch kennzeichnen, dass er ihm nicht eine willkürliche, sondern eine

[1]) Schon Jarckes Ausführungen (Bd. I, S. 229) sind vermittelnder Natur.

[2]) Oppenhof, § 47, No. 13, 18.

[3]) v. Bar, S. 69.

[4]) v. Bar spricht, wie v. Buri, von Urheberschaft.

[5]) v. Bar, S. 7.

[6]) v. Bar, S. 58.

[7]) v. Bar, S. 69.

Absicht zuweist, „welche sich nur aus seinem früheren Verhalten erkennen lässt“. Wenn sich hiernach auch der Unterschied nicht nach der physischen Thätigkeit bestimme, sondern darnach, ob jemand zusammen mit anderen den Plan entworfen oder sich einem bereits fertigen Plan angeschlossen habe, so dürfe doch der Gehilfe nicht die Haupthandlung begehen, weil er damit ein selbständiges Verbrechen begehen würde. — Hiernach räumt v. Bar dem subjektiven Moment unstreitig den Vorrang ein. Seine Ausführungen ermangeln jedoch eines grundlegenden Prinzips.

Auch Langenbeck wurzelt noch so tief in der subjektiven Anschauungsweise, dass er vielfach[1]) zu den Anhängern der subjektiven Theorie gezählt wird. Für seinen mittleren Standpunkt spricht jedoch, dass er aus objektiven und subjektiven Gesichtspunkten die geringere Strafbarkeit des Gehilfen für begründet hält[2]). Eine auffallende, fast wörtliche Übereinstimmung mit Berner[3]) zeigt er in dem Satz: „Es ist weder das Gewicht allein auf die äussere Wirksamkeit, noch lediglich auf die Absicht zu legen, sondern auf die Absicht, wie sie sich in der Wirksamkeit verkörpert, m. a.W., auf den Charakter der Handlung“. Während aber Berner den Charakter der Thäter-[4]) und Gehilfenhandlungen beschreibt, bricht Langenbeck an der erwähnten Stelle ab, ohne uns zu sagen, wie die Handlung geartet sein müsse, um den sie Vornehmenden zum Urheber oder Gehilfen zu machen. In dieser Unvollkommenheit ist daher seine Theorie nicht zu verwerten.

John[5]) findet den Unterschied zwischen Mitthäterschaft und Beihilfe in subjektiver Hinsicht in dem Wollen der „Begehungs-“ bezw. „Unterstützungshandlung“, objektiv in der Vornahme dieser Handlungen begründet. Als Begehungshandlung bezeichnet er diejenige Handlung, welche „mit einer rechtsverletzenden Thätigkeit abschliesst“. Schütze[6]) weist aber mit Recht darauf hin, dass auch die Beihilfe rechtsverletzender Natur sei, weil sie ja sonst

---

[1]) So Geyer, kleine Schriften, S. 96.
[2]) Langenbeck, S. 262.
[3]) Berner, Lehrbuch, S. 166.
[4]) Vgl. oben S. 28, Anm. 4.
[5]) John, S. 28, 29, 31.
[6]) Schütze, Teilnahme, S. 278.

nicht bestraft werden könnte. Nur stelle sie kein selbständiges Delikt dar, sofern sie nicht als delictum sui generis strafbar sei. In diesem Falle sei sie aber nicht mehr blosse Unterstützungs-, sondern Begehungshandlung eines Sonderdelikts[1]).

Nach Schütze unterscheidet sich der Gehilfe vom Mitthäter hinsichtlich des animus darin, dass er ein fremdes Verbrechen lediglich fördern will, hinsichtlich des corpus (der That), dass er, entsprechend seiner Absicht, bloss eine unterstützende Thätigkeit ausübt. Nun behauptet er aber, dass das Umschlagen der Unterstützungs- in eine Begehungshandlung notwendig auch die Helferabsicht in die Thäterabsicht verwandle. Mintz[2]) führt mit Recht dagegen an, dass Schütze auf diese Weise den Schwerpunkt seiner Theorie auf die objektive Seite verrücke; dass er auch dadurch nicht wieder das Gleichgewicht zwischen dem objektiven und subjektiven Moment herstellen könne, dass er den sog. Mitschuldanteil des Gehilfen, d. h. den „geistigen Einfluss des Gehilfen auf den Thäter“[3]) hervorhebe, weil die geistige Einwirkung nicht zur Willens-, sondern zur Thatseite der Beihilfe gehöre[4]).

Auch die von H. Meyer[5]) aufgestellte Theorie kann nicht befriedigen. Nach ihm unterscheiden sich Mitthäter und Gehilfen in subjektiver Hinsicht immer dadurch, dass der Vorsatz des Mitthäters auf die Begehung des Delikts, der des Gehilfen nur auf die Beförderung desselben gerichtet ist. Objektiv aber erkennt er einen Unterschied nur insofern an, als es Handlungen giebt, die ausschliesslich Beihilfe, und solche, die ausschliesslich Mitthäterschaft begründen. Einerseits darf aber der Gehilfe nicht die Haupthandlung[6]) begehen, d. h. diejenige Handlung, „durch welche ihrer Natur nach das Wesen des betreffenden Delikts erfüllt wird[7]);“ andererseits kann Mitthäter nur derjenige sein, welcher eine, wenn

---

[1]) Schütze, a. a. O., S. 283.

[2]) Mintz, S. 70.

[3]) Schütze, a. a. O., S. 309.

[4]) Besser formuliert Schütze den Begriff des Gehilfen in seinem Lehrbuche, S. 156.

[5]) H. Meyer, S. 248.

[6]) Hiervon hatte er in den früheren Auflagen seines Lehrbuches für die sog. Zweckdelikte eine Ausnahme statuiert.

[7]) H. Meyer, S. 207, 235, 250.

auch noch so geringfügige Ausführungshandlung vornimmt. Unter Ausführungshandlung versteht er eine Handlung, die in abstracto für die Herbeiführung des Erfolges unerlässlich ist, unter Vorbereitungshandlung eine nur in concreto für den Erfolg notwendige Handlung. Zutreffend macht v. Buri[1]) hiergegen den Einwand, dass dann auch das Schiessen, Stechen, Schlagen u. s. w. nur Vorbereitungshandlungen sein müssten; denn da der Tod beispielsweise auch durch Vergiftung herbeigeführt werden könne, so seien jene Handlungen nicht „abstrakte Merkmale der Tötung".

In Übereinstimmung mit der früheren Ansicht H. Meyers[2]) scheidet Hirsch[3]) die Delikte in Zweckdelikte und Nichtzweckdelikte. Bei den letzteren soll derjenige Mitthäter sein, welcher eine „Begehungs-", Gehilfe, wer eine „Unterstützungshandlung" vornimmt. Bei den Zweckdelikten dagegen soll sich derjenige als Thäter darstellen, welcher in irgend einer Weise für die Begehung des Delikts thätig ist mit der „weiteren Absicht, d. h. mit der auf Erreichung eines bestimmten Zwecks gerichteten, zum Thatbestande des betreffenden Delikts gehörenden Absicht", als Gehilfe, wer ohne diese Absicht irgend wie thätig ist. — Hiergegen wendet Forke[4]) mit Recht ein, dass eine solche Scheidung nicht im Einklang mit dem Gesetz stehe, weil dieses für alle Delikte, Zweckdelikte und Nichtzweckdelikte, allgemein verlange, dass der Thäter das Verbrechen „ausführe", der Gehilfe „Hilfe leiste"; dass sich ferner aus der Hirsch'schen Theorie die widersinnige Konsequenz ergebe, dass eine Handlung, die sich unzweifelhaft als Hilfsleistung charakterisiere, wegen der vorliegenden „Absicht" Haupthandlung sein müsse und umgekehrt.

Die mittlere[5]) Theorie hat es sich zur Aufgabe gemacht, die beiden Bestandteile einer jeden Handlung, den Willen und die

---

[1]) v. Buri, Beiträge (1894), S. 440.

[2]) Vgl. oben S. 49, Anm. 6.

[3]) Hirsch, S. 56, 57.

[4]) Forke, S. 54.

[5]) Eine Mittelmeinung vertreten auch Beling, S. 42 und Haupt in der Z., Bd XV, S. 578, die der Theorie H. Meyers nahekommt. — Tjaben in G. A., Bd. XXXXII, S. 226, spricht von einer „unvollkommenen Miturheber-

That, in gleichem Masse bei der Lösung unserer Frage zu berücksichtigen. Aber wenn wir bedenken, dass die subjektive Theorie die reine Negation der objektiven ist, dass sich somit beide Theorieen notwendig ausschliessen, so müssen wir eine Vereinigung derselben schon aus diesem Grunde verwerfen.

§ 22. Ergebnis.

Wir haben gesehen, dass weder die subjektive noch die mittlere Theorie imstande sind, brauchbare Resultate zu liefern; anders die objektive, freilich nicht als Kausalitäts-, sondern als sog. gemischt objektive[1]) Theorie, wie sie am besten von v. Liszt und Merkel vertreten wird. Denn sie operiert mit einfachen, klaren Begriffen, sie befasst sich auch mit rein äusserlichen Vorgängen, sodass sie für die Praxis allein zu gebrauchen ist. Vor allem aber ist sie de lege lata die allein berechtigte; denn jeder, der unbefangen den Wortlaut der §§ 47, 49 St.G.B. prüft, muss einen objektiven Standpunkt aus dem Gesetz herauslesen. De lege ferenda freilich ist dringend zu wünschen, dass das Gesetz diesem Standpunkt einen unzweideutigen Ausdruck gebe, etwa in der Weise: „Wenn mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, so wird jeder als Thäter bestraft, der ein oder mehrere Thatbestandsmerkmale verwirklicht hat". Damit wäre m. E. philosophischen Grübeleien ein Ende gemacht. — Wenn Hälschner[2]) meint, dass sich die Fassung des § 47 deshalb empfehle, weil sie der „Gefahr, welche in der gesetzgeberischen Entscheidung eines doktrinären Streites liege, ausweiche", wenn er es für genügend hält, dass das Gesetz den Richter auf die Berücksichtigung der einzelnen Teilnahmeformen hinweise, so ist ihm mit v. Buri[3]) darauf zu erwidern, dass der doktrinäre Streit von einer so ein-

---

schaft" und rechnet hierzu die Fälle, in denen mit animus auctoris eine Hilfsleistung vorgenommen wird. Er will sie, ebenso wie das Reichsgericht, als Mitthäterschaft bestraft wissen.

[1]) Wir nannten sie kurz objektive Theorie.

[2]) Hälschner im G. S. 1873, S. 121.

[3]) v. Buri im G. S. 1873, S. 255.

schneidenden praktischen Wichtigkeit ist, dass es dringend einer gesetzgeberischen Entscheidung desselben bedarf. Im Hinblick auf die bedenkliche Judikatur des Reichsgerichts ist es endlich an der Zeit, dafür zu sorgen, dass „im Interesse des Ansehens des Gesetzes und des Reichsgerichts selbst das letztere mit einer Rechtsprechung breche, die ebenso mit dem Gesetz wie mit der Wissenschaft im Widerspruche steht[1])".

---

[1]) Vgl. Birkmeyer, S. 291.

Lebenslauf.

Ich, Fritz Riesenfeld, geboren zu Lublinitz am 10. August 1878, als Sohn des Kaufmanns Simon Riesenfeld, jetzt in Kattowitz, erhielt meine Schulbildung zunächst auf dem Königlichen Realgymnasium zu Tarnowitz, das ich Ostern 1896 infolge Wegzuges meiner Eltern nach Breslau verliess, um hier das städtische Realgymnasium zum heiligen Geist zu absolvieren. Nachdem ich dieses Ostern 1898 mit dem Zeugnis der Reife verlassen hatte, bestand ich Michaelis 1898 die Ergänzungs-Reifeprüfung im Griechischen und Lateinischen am Königlichen Friedrichs-Gymnasium zu Breslau. Ich studierte darauf die Rechts- und Staatswissenschaften an der Universität Breslau und besuchte dort die Vorlesungen und Übungen der Herren Professoren:

Beling, Brie, Bruck, Dahn, Fischer, Gretener, Jörs, Leonhard, Sombart, Wolf und

der Herren Privatdozenten:

Freudenthal, Jakobi, Naendrup, Schott,

denen allen ich an dieser Stelle meinen herzlichsten Dank ausspreche.

Am 9. Dezember 1901 bestand ich die erste juristische Prüfung und am 3. Februar 1902 das examen rigorosum. Seit dem 17. Februar bin ich im juristischen Vorbereitungsdienst beschäftigt.

H. Fleischmann, Breslau, Ohlauerstr 8.